CONSTITUCIÓN Y JUSTICIA

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

X

2008/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. X – 2008/A)
Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online
ISBN 978-987-46946-1-4 (Obra completa)
ISBN 978-987-794-005-3

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

Compilación anónima

ISBN 978-987-794-005-3
9 789877 940053

Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires

Presidente

Dr. Casás, José O.

Vicepresidente

Dra. Conde, Ana María

Jueces

Dr. Lozano, Luis F.

Dra. Ruiz, Alicia E. C.

Dr. Maier, Julio B. J.

Secretario Judicial
en Asuntos Contencioso-Administrativos y Tributarios

Dr. Said, José L.

Secretario Judicial Interino en Asuntos Originarios

Dr. Saavedra, Heriberto V.

Secretario Judicial en Asuntos Generales

Dr. Perrone, José M.

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

Dr. Said, José L.

CONSTITUCIÓN y JUSTICIA

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

X

2008/A

ÍNDICE

FALLOS

I *"Aldao, Mauricio Ángel s/infracción art. 189 bis, C.P. —apelación— s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. nº 5310/07, "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Aldao, Mauricio Ángel s/infracción art. 189 bis, C.P. —apelación'"* 3

Expte. n° 5304/07 - 6/2/2008 4

II *"Solares de Conesa S.A. c/GCBA s/impugnación actos administrativos s/recurso de inconstitucionalidad concedido"* 7

Expte. nº 5406/07 - 13/2/2008 9

III *"Sayago, Norma Gladys c/Fiscalía en lo Contravencional y de Faltas Nº 10 y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/conflicto de competencia"* 33

Expte. nº 5585/07 - 13/2/2008 33

IV *"Ávila, Vicenta s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Ávila, Vicenta c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)'"* 39

Expte. nº 5328/07 - 13/2/2008 39

V *"Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Pintos, César Augusto s/inf. art. 111, CC (ley 1472)'"* 42

Expte. n° 5345/07 - 13/2/2008 43

VI *"Mendilahatzu, Dora y otros c/GCBA s/expropiación inversa. Retrocesión s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. nº 5423/07, "Mendilahatzu, Dora y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Mendilahatzu, Dora y otros c/GCBA s/expropiación inversa. Retrocesión'"* 49

Expte. nº 5434/07 - 13/2/2008 51

VII *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Berdier, Tristán Marcelo c/GCBA s/revisión cesantías o exoneraciones de empl. públ.'"* 64

Expte. nº 5383/07 - 13/2/2008 66

VIII *"Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad"*. 81

Expte. nº 5726/08 - 18/2/2008 82

IX *"Administración General de Puertos c/GCBA s/recurso de apel. jud. c/decis. DGR (art. 114, C.F.) s/recurso de apelación ordinario concedido" y sus acumulados expte. n° 5372/07 "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Administración General de Puertos c/GCBA s/recurso de apel. jud. c/decis. DGR (art. 114, C.F.)'" y expte. n° 5250/07 "GCBA s/queja por recurso de apelación ord. denegado en 'Administración General de Puertos S.A. c/GCBA s/recurso de apelación judicial c/decis. DGR (art. 114, C.F.)'"* 87

Expte. nº 5374/07 - 20/2/2008 90

X *"Central Puerto S.A. c/GCBA s/repetición (art. 457, CCAyT) s/recurso de apelación ordinario concedido"* 126

Expte. n° 5351/07 - 20/2/2008 128

XI *"Figueroa, Nora c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido"*. 147

Expte. n° 4987/06 - 20/2/2008 148

XII *"Mejuto Medrano, Eduardo s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Mejuto Medrano, Eduardo c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto responsabilidad médica)'"* 157

Expte. nº 5436/07 - 20/2/2008 158

XIII *"Videla Uriburu, Diego Francisco s/queja por retardo, privación o denegación de justicia en 'GCBA c/Videla Uriburu, Diego Francisco s/ejecución fiscal'"*. 161

Expte. n° 5734/07 - 20/2/2008 161

XIV *"Rossi, Alicia Esther c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido"*. 163

Expte. nº 5425/07 - 20/2/2008 163

XV *"Gil Domíguez, Andrés c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad"* 166

Expte. n° 5296/07 - 20/2/2008 166

XVI *"Roldán, Mónica Alicia c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido"*. 168

Expte. nº 5445/07 - 20/2/2008 169

XVII *"Arnus, Daniela Alejandra c/Caja de Seguridad Social para Abogados de la CABA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido"* 173

Expte. nº 5443/07 - 20/2/2008 176

XVIII *"Ministerio Público —Defensor General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en incidente de beneficio de litigar sin gastos en 'Oniszczuk, Carlos Alberto s/infracción ley 255 —apelación'"*. 184

Expte. n° 5463/07 - 20/2/2008 185

XIX *"Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Zorrilla, Miriam Judith y Oniszczuk, Carlos Alberto s/infr. arts. 116 y 117, CC'"*. 191

Expte. n° 5422/07 - 20/2/2008 192

XX *"Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido"* 200

Expte. nº 5435/07 - 20/2/2008 202

XXI *"Spinelli, Gabriela Sandra c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido"* 221

Expte. n° 5442/07 - 20/2/2008 222

XXII *"Moravito, Pilar Rosa c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido"* 236

Expte. n° 5033/06 - 27/2/2008 236

XXIII *"Trujillo, Silvia Nora y otros s/daños y perjuicios (excepto resp. médica) s/recurso de apelación ordinario concedido" en expte. n° 6400/0 "Trujillo, Silvia Nora y otros c/GCBA y otros s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)"*. 238

Expte. n° 4912/06 - 27/2/2008 239

XXIV *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Aranda, Roque (Lavadero Richard) c/GCBA (hospitales 'Carlos G. Durand' y 'Parmenio Piñeiro') s/cobro de pesos'"* 241

Expte. nº 5204/07 - 27/2/2008 242

XXV *"Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Metrovías S.A. c/GCBA s/impugnación de actos administrativos'"* 245

Expte. n° 5449/07 - 27/2/2008 246

XXVI *"Sindicato Único de Trabajadores de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por retardo, privación o denegación de justicia en 'Sindicato Único de Trabajadores de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'"* . 258

Expte. nº 5773/08 - 27/2/2008 258

XXVII *"Baldomar, Ricardo Félix y otra s/medida cautelar autónoma"* 259

Expte. n° 5812/08 - 29/2/2008 259

XXVIII *"Baldomar, Ricardo Félix y otra s/medida cautelar autónoma"* 261

Expte. n° 5815/08 - 4/3/2008 261

XXIX *"Corporación de Rematadores y Corredores Inmobiliarios —Mutual— c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad"* 266

Expte. n° 5520/07 - 5/3/2008 267

XXX *"Moavro Aita, Karina Andrea c/Caja de Seguridad Social para Abogados de la CABA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido"* 270

Expte. nº 5500/07 - 5/3/2008 272

XXXI *"Recreación y Deportes S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Recreación y Deportes S.A. c/OSABA (Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires) s/otros procesos incidentales'"* 279

Expte. nº 5616/07 - 5/3/2008 279

XXXII *"Barril, Julio Eduardo y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Barril, Julio Eduardo y otros c/GCBA s/expropiación inversa. Retrocesión'"*. 282

Expte. n° 5368/07 - 5/3/2008 283

XXXIII *"Hernández Crespo, María y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido"* 295

Expte. nº 5459/07 - 5/3/2008 296

XXXIV *"A.C.A.R. y A. y otro s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'A.C.A.R. y A. y otro c/GCBA s/amparo'"*. . 309

Expte. n° 5294/07 - 5/3/2008 310

XXXV *"Dodero, Marta y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido"*. 315

Expte. nº 5473/07 - 5/3/2008 316

XXXVI *"G., C. c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido"* 326

Expte. n° 5032/07 - 5/3/2008 327

XXXVII *"Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Pérez, José Luis y Taboada, Daniel Marcelo s/infr. art. 60, ley 1472'"* 348

Expte. n° 5480/07 - 12/3/2008 350

XXXVIII *"Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. nº 5381/07 "Consejo de la Magistratura de la Ciudad*

Autónoma de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/otros procesos incidentales' en 'Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)'" 362

Expte. nº 5427/07 - 12/3/2008 364

XXXIX *"Lalo, Aarón c/Caja de Seguridad para Abogados de la CABA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido"* 391

Expte. nº 5355/07 - 12/3/2008 392

XL *"Ballatore, Juan Alberto s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Ballatore, Juan Alberto c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)'"* 404

Expte. nº 5454/07 - 12/3/2008 405

XLI *"Moreno, Carlos Enrique s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Moreno, Carlos Enrique c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'"*. 411

Expte. nº 5450/07 - 12/3/2008 412

XLII *"Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad"*. 421

Expte. n° 3103/04 - 12/3/2008 421

XLIII *"Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Cáceres, Gonzalo Javier s/inf. art. 72, ley 10 —honorarios de perito'"*. 428

Expte. n° 5547/07 - 12/3/2008 429

XLIV *"Gross, Alicia Mirta s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Gross, Alicia Mirta c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'"*. 440

Expte. nº 5354/07 - 12/3/2008 440

XLV *"L., P. A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'L., P. A. c/GCBA s/revisión cesantías o exoneraciones de emp. públ.'"* 443

Expte. nº 5479/07 - 19/3/2008 444

XLVI *"Ministerio Público —Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad"* 455

Expte. nº 5541/07 - 19/3/2008 456

XLVII *"Hourest, Martín y otra c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad"* 463

Expte. n° 5640/07 - 19/3/2008 464

XLVIII *"Conde, Darío Miguel s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Conde, Darío Miguel c/GCBA (Dirección General de Espacios Verdes, Departamento Arbolado Urbano) s/daños y perjuicios'"* 470

Expte. n° 5221/07 - 19/3/2008 471

XLIX *"Tecno Sudamericana S.A. c/GCBA s/impugnación de actos administrativos s/recurso de inconstitucionalidad concedido"* . . 484

Expte. n° 5494/07 - 19/3/2008 486

L *"Giacometto, Miguel Leonardo s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Giacometto, Miguel Leonardo c/GCBA s/revisión cesantías o exoneración de empl. públ.'"* 504

Expte. n° 5488/07 - 26/3/2008 505

LI *"Citibank N.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Citibank N.A. c/GCBA s/otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apel.'"* 511

Expte. nº 5483/07 - 26/3/2008 512

LII *"Servipark S.A. c/GCBA s/contrato de obra pública s/recurso de apelación ordinario concedido" y sus acumulados expte. nº 4905/06 "Inco Construcciones S.A. s/queja por recurso de apelación denegado en 'Inco Construcciones S.A. c/GCBA s/contrato de obra pública'" y expte. nº 4906/06 "Inco Construcciones S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Inco Construcciones S.A. c/GCBA s/contrato de obra pública'"* . . . 517

Expte. n° 4895/06 - 26/3/2008 517

LIII *"Trucco, Margarita Teresita s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Trucco, Margarita Teresita c/GCBA s/beneficio de litigar sin gastos"* 519

Expte. nº 5332/07 - 26/3/2008 520

LIV *"Ministerio Público —Defensor General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en incidente de apelación por prescripción de la acción en 'Oniszczuk, Carlos Alberto s/infracción ley 255'"* . 522

Expte. nº 5514/07 - 1º/4/2008 522

LV *"Gallardo, Mirta Susana y otro c/Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/amparo (art. 14, CCBA)"* 527

Expte. n° 5836/08 - 1°/4/2008 527

LVI *"Cortina, Robert Vincent c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)"* 529

Expte. n° 5820/08 - 3/4/2008 529

LVII *"Cóceres, Alfredo Gabriel y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Cóceres, Alfredo Gabriel y otros s/inf. art. 116, CC. Organizar y explotar juego sin autorización, habilitación o licencia —incidente de recusación'"* 533

Expte. n° 5507/07 - 9/4/2008 534

LVIII *"Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Lucangioli, Oscar Alberto c/Consejo de la Magistratura s/cobro de pesos'" y su acumulado expte. n° 5810/08 "Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Dessanti, Raúl Agustín c/Consejo de la Magistratura s/cobro de pesos'"* 541

Expte. nº 5809/08 - 9/4/2008 541

LIX *"Maida Bertelegni, Vanesa Giselle c/Consejo de la Magistratura s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. nº 5528/07 "Maida Bertelegni, Vanesa Giselle s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Maida Bertelegni, Vanesa Giselle c/Consejo de la Magistratura s/amparo (art. 14, CCBA)'"* 544

Expte. nº 5516/07 - 9/4/2008 544

LX *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Rosetti, Luis Alberto c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'"*. 545

Expte. nº 5142/07 - 9/4/2008 545

LXI *"Letal S.R.L. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Letal S.R.L. c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'"* 547

Expte. nº 3894/05 - 9/4/2008 547

LXII *"Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Metrovías S.A. c/GCBA y otros s/otros rec. judiciales c/res. pers. públicas no est.'"*. 552

Expte. n° 5428/07 - 9/4/2008 553

LXIII *"Asociación de Empleados del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad"*. 565

Expte. n° 5852/08 - 14/4/2008 566

LXIV *"Zurcher, Silvia Adelina c/GCBA s/SACAyT —otros— amparo"* 571

Expte. n° 5862/08 - 16/4/2008 571

LXV *"Alvear Palace Hotel S.A. c/GCBA s/impugnación de actos administrativos s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. nº 5502/07 "Alvear Palace Hotel S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Alvear Palace Hotel S.A. c/GCBA s/impugnación de actos administrativos'"* 574

Expte. n° 5511/07 - 16/4/2008 576

LXVI *"Sanz, Ana María s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Sanz, Ana María c/GCBA s/otros procesos incidentales'"*. 608

Expte. nº 5784/08 - 18/4/2008 610

LXVII *"Ministerio Público —Defensor General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en incidente de beneficio de litigar sin gastos en 'Oniszczuk, Carlos Alberto s/infracción ley 255 —apelación'"*. 619

Expte. n° 5463/07 - 23/4/2008 620

LXVIII *"Palmerio, Claudio Daniel s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Palmerio, Claudio Daniel c/GCBA s/revisión cesantías o exoneraciones de empl. públ." y su acu-*

mulado expte. n° 5492/07 "Figueira, José s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Figueira, José c/GCBA s/revisión cesantías o exoneraciones de empl. públ.'" 625

Expte. n° 5481/07 - 23/4/2008 626

LXIX *"Gil Domínguez, Andrés c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad"*. 638

Expte. n° 5296/07 - 23/4/2008 639

LXX *"Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'NN (dueño del rodado siniestrado Berardi, Mario Alberto VW gol dominio FKP 691) —apelación'"* 658

Expte. nº 5557/07 - 30/4/2008 658

LXXI *"Luis y Miguel Zanniello S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'GCBA c/Luis y Miguel Zanniello S.A. s/ejecución fiscal'"* 662

Expte. nº 5308/07 - 30/4/2008 662

LXXII *"Failde Moure, Pablo c/Estado nacional y otros s/otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. n° 5709/07 "Servicios Helicenter S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Failde Moure, Pablo c/Estado nacional y otros s/otros procesos incidentales"* 664

Expte. n° 5708/07 - 30/4/2008 665

LXXIII *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'GCBA c/Jervo S.A. s/ejecución fiscal'"* 672

Expte. nº 5530/07 - 30/4/2008 673

LXXIV *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Velaz, Liliana Mirta y otros c/GCBA s/cobro de pesos'"*. . 680

Expte. nº 5526/07 - 30/4/2008 681

LXXV *"Santiago, Alicia Noemí c/Caja de Seguridad Social para Abogados de la CABA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido"* 686

Expte. nº 5535/07 - 30/4/2008 687

LXXVI *"Banco Hipotecario S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Banco Hipotecario S.A. c/GCBA s/otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apel.'"* 701

Expte. nº 5527/07 - 30/4/2008 702

LXXVII *"Banfi, Enrique Roberto y otros c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad"* 713

Expte. nº 5869/08 - 2/5/2008 714

LXXVIII *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Frávega S.A. c/GCBA s/impugnación de actos administrativos'"*. 717

Expte. nº 5549/07 - 2/5/2008 719

LXXIX *"Cortina, Robert Vincent c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)"* 735

Expte. nº 5820/08 - 6/5/2008 735

LXXX *"Montenegro, Fandor Lucio y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/Electoral —otros"*. 737

Expte. nº 5894/08 - 6/5/2008 738

LXXXI *"Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Palumbo, María Elena; De la Fuente, Omar Claudio; Cóceres, Alfredo Gabriel y otros s/arts. 116 y 117, ley 1472 —apelación—'" y su acumulado n° 5873/08 "Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Palumbo, María Elena; De la Fuente, Omar Claudio; Cóceres, Alfredo Gabriel y otros s/arts. 116 y 117, ley 1472 —apelación'"* 745

Expte. nº 5871/08 - 7/5/2008 746

LXXXII *"Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en incidente de apelación en autos 'Cosentino, Marcela y otros s/inf. art. 116, CC'"* 749

Expte. nº 5544/07 - 7/5/2008 749

LXXXIII *"Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad*

denegado en 'Zorrilla, Miriam Judith y Oniszczuk, Carlos Alberto s/infr. arts. 116 y 117, CC'". 755

Expte. nº 5422/07 - 7/5/2008 755

LXXXIV *"Tórtora, Carlos Alfredo c/GCBA y otra s/amparo"*. 760

Expte. nº 5912/08 - 9/5/2008 761

LXXXV *"Montenegro, Fandor Lucio y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/Electoral —otros"*. 777

Expte. nº 5894/08 - 9/5/2008 777

LXXXVI *"Cortina, Robert Vincent c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)"* 779

Expte. nº 5820/08 - 13/5/2008 779

LXXXVII *"Haiek, Valeria Vanesa c/CASSABA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido"*. 780

Expte. nº 5532/07 - 14/5/2008 781

LXXXVIII *"Central Puerto S.A. c/GCBA s/repetición (art. 457, CCAyT) s/recurso de apelación ordinario concedido"* 798

Expte. nº 5351/07 - 14/5/2008 798

LXXXIX *"Administración General de Puertos c/GCBA s/recurso de apel. jud. c/decis. DGR (art. 114, C.F.) s/recurso de apelación ordinario concedido"*. 802

Expte. nº 5374/07 - 14/5/2008 803

XC *"Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido"* 809

Expte. nº 5435/07 - 14/5/2008 810

XCI *"Martínez, Carlos Eduardo y otra c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad"* 816

Expte. nº 5908/08 - 14/5/2008 816

XCII *"Rojt, Julio M. y otro s/queja por retardo, privación o denegación de justicia en 'Rojt, Julio M. y otros c/Consejo Profesional de Ciencias Económicas s/rec. apel. c/res. discip. Consj. Prof. C.E. (art. 34 y DT 3ª ley)'"* 819

Expte. nº 5895/08 - 14/5/2008 820

XCIII *"Managó, Josefa María Rita s/queja por retardo, privación o denegación de justicia en 'GCBA c/Managó, Rita s/recurso de queja por apelación denegada'"* 822

Expte. nº 5896/08 - 14/5/2008 823

XCIV *"Bonany, Pablo Javier c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido"*. 826

Expte. nº 5604/07 - 14/5/2008 827

XCV *"Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en incidente de prescripción de la acción en autos 'Ierino, Leandro o Leonardo Javier s/inf. art. 189 bis, C.P. —apelación'"* 832

Expte. nº 5542/07 - 14/5/2008 833

XCVI *"Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Metrovías S.A. c/GCBA y otros s/otros rec. judiciales c/res. pers. públicas no est.'"*. 840

Expte. nº 5501/07 - 14/5/2008 842

XCVII *"P., R. I. y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido"*. 852

Expte. nº 5536/06 - 21/5/2008 854

XCVIII *"Iturraspe, Bernardo Pascual c/GCBA (Dirección General Técnica Administrativa y Legal, Secretaría General) s/impugnación actos administrativos s/recurso de inconstitucionalidad concedido"* 868

Expte. nº 5575/07 - 21/5/2008 869

XCIX *"Barril, Julio Eduardo y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Barril, Julio Eduardo y otros c/GCBA s/expropiación inversa. Retrocesión'"*. 878

Expte. nº 5368/07 - 21/5/2008 879

C *"Mejuto Medrano, Eduardo s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Mejuto Medrano, Eduardo c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto responsabilidad médica)'"* 886

Expte. nº 5436/07 - 21/5/2008 887

CI *"Mejuto Medrano, Eduardo s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Mejuto Medrano, Eduardo c/GCBA s/revisión cesantías o exoneraciones de emp. públ.'" y sus acumulados expte. nº 5489/07 "Mejuto Medrano, Eduardo s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Mejuto Medrano, Eduardo c/GCBA s/revisión cesantías o exoneraciones de emp. públ.'"; y expte. nº 5580/07 "Mejuto Medrano, Eduardo s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Mejuto Medrano, Eduardo c/GCBA s/otros procesos incidentales en Mejuto Medrano, Eduardo c/GCBA s/revisión cesantías o exoneraciones de emp. públ.'"* 891

Expte. nº 5437/07 - 21/5/2008 892

CII *"Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad"* 898

Expte. nº 3103/04 - 21/5/2008 899

CIII *"Banfi, Enrique Roberto y otros c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad"* 904

Expte. nº 5869/08 - 21/5/2008 904

CIV *"Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'González Baez, Bernardo Javier s/infr. art. 83 (ley 1472)'"* 905

Expte. nº 5603/07 - 28/5/2008 907

CV *"Moavro Aita, Karina Andrea c/Caja de Seguridad Social para Abogados de la CABA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido"* 919

Expte. nº 5500/07 - 28/5/2008 920

CVI *"Telearte S.A. Empresa de Radio y Televisión s/infr. art. 5º, infracción a la ley 268"* 928

Expte. nº 5893/08 - 28/5/2008 928

CVII *"Trotta, Patricia Susana y otros c/Caja de Seguridad Social para Abogados de la CABA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido"*. 931

Expte. nº 5455/07 - 3/6/2008 932

CVIII *"Hipódromo Argentino de Palermo S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Hipódromo Argentino de Palermo S.A. s/inf. art. 9.1.1, obstrucción de inspección —apelación'"* 939

Expte. nº 5881/08 - 4/6/2008 939

CIX *"Indutrab S.R.L. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en recurso de queja en autos 'Indutrab S.R.L. s/no poseer plan y planos de evacuación y otras'"* 941

Expte. nº 5966/08 - 4/6/2008 941

CX *"Gigacable S.A. c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad"*. 943

Expte. n° 4627/06 - 4/6/2008 943

CXI *"Lalo, Aarón c/Caja de Seguridad Social para Abogados de la CABA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido"* 946

Expte. nº 5355/07 - 4/6/2008 947

CXII *"Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Metrovías S.A. c/GCBA y otros s/otros rec. judiciales c/res. pers. públicas no est.'"*. 951

Expte. n° 5446/07 - 4/6/2008 952

CXIII *"Ministerio Público —Defensor General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en incidente de apelación por prescripción de la acción en 'Oniszczuk, Carlos Alberto s/infracción ley 255'"* . 960

Expte. nº 5514/07 - 4/6/2008 960

CXIV *"Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Metrovías S.A. c/Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad de Buenos Aires s/otros rec. judiciales c/res. pers. públicas no est.'"*. 962

Expte. nº 5568/07 - 10/6/2008 963

CXV *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Bernardini, Célica c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'"* . 972

Expte. nº 4780/06 - 10/6/2008 974

CXVI *"Balbiani, Pedro Benedicto s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Balbiani, Pedro Benedicto c/Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires s/impugnación actos administrativos'"* 977

Expte. nº 5540/07 - 10/6/2008 978

CXVII *"Ministerio Público —Defensor General de la Ciudad de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Donoso, Laura Haydée s/inf. art. 111, CC'"* . . . 984

Expte. nº 5654/07 - 11/6/2008 985

CXVIII *"Giacometto, Miguel Leonardo s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Giacometto, Miguel Leonardo c/GCBA s/revisión cesantías o exoneraciones de emp. púb.'"* 992

Expte. nº 5488/07 - 11/6/2008 992

CXIX *"Maida Bertelegni, Vanesa Giselle c/Consejo de la Magistratura s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. nº 5528/07 "Maida Bertelegni, Vanesa Giselle s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Maida Bertelegni, Vanesa Giselle c/Consejo de la Magistratura s/amparo (art. 14, CCBA)'"* 996

Expte. nº 5516/07 - 11/6/2008 996

CXX *"Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Holzmann, Horacio Francisco y otros s/inf. art. 189 bis, C.P.'" y su acumulado n° 5689/07 "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Holzmann, Horacio Francisco y otros s/inf. art. 189 bis, C.P.'"* . . 998

Expte. nº 5688/07 - 11/6/2008 998

CXXI *"Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Gutiérrez, Héctor s/inf. art. 80, ensuciar bienes de propiedad pública o privada, CC —apelación'"* . . . 1004

Expte. nº 5583/07 - 11/6/2008 1006

CXXII *"Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Rosales, Luis Alberto s/inf. art. 84, CC'"* 1016

Expte. nº 5771/08 - 18/6/2008 1018

CXXIII *"Ministerio Público —Defensoría General— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en incidente de apelación en 'Oniszczuk, Carlos Alberto s/inf. ley 255 (F. Lacroze 3531)'"* 1030

Expte. nº 5738/08 - 18/6/2008 1030

CXXIV *"Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Yu Tu s/inf. art. 61, CC, inconstitucionalidad (regulación de honorarios de perito)'"* 1032

Expte. nº 5761/08 - 18/6/2008 1033

CXXV *"Ministerio Público —Defensoría General Adjunta en lo Penal, Contravencional y de Faltas— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Oniszczuk, Carlos Alberto y Villar, Valeria s/infr. art. 116, ley 1472 (Elcano 3498) apelación'"* . . 1039

Expte. nº 5529/07 - 18/6/2008 1040

CXXVI *"Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 3— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Herrera, Juan s/art. 189 bis del C.P.'"* 1043

Expte. nº 4750 - 18/6/2008. 1045

CXXVII *"Conde, Darío Miguel s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Conde, Darío Miguel c/GCBA (Dirección General de Espacios Verdes, Departamento Arbolado Urbano) s/daños y perjuicios'"* 1062

Expte. nº 5221/07 - 18/6/2008 1062

CXXVIII *"L., P. A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'L., P. A. c/GCBA s/revisión cesantías o exoneraciones de empleo público'"* 1065

Expte. nº 5479/07 - 18/6/2008 1066

CXXIX *"Tecno Sudamericana S.A. c/GCBA s/impugnación de actos administrativos s/recurso de inconstitucionalidad concedido"* 1069

Expte. nº 5494/07 - 18/6/2008 1069

CXXX *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'La Royal Sociedad Anónima de Servicios c/GCBA s/cobro de pesos'"*. 1076

Expte. nº 5569/07 - 18/6/2008 1076

CXXXI *"Tudanca, Josefa Elisa Beatriz s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Tudanca, Josefa Elisa Beatriz c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'" y su acumulado expte. n° 5868/08 "Mazzucco, Paula Virginia y otro s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Mazzucco, Paula Virginia y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'"*. 1082

Expte. nº 5864/08 - 18/6/2008 1082

CXXXII *"Elecciones 2008 s/presentación efectuada por Olivera, Enrique y otros"* 1086

Expte. nº 5584/08 - 18/6/2008 1087

CXXXIII *"Solidario, Partido s/infr. arts. Caps. II y III de la ley 268"*. . 1094

Expte. nº 5969/08 - 18/6/2008 1094

CXXXIV *"Asociación de Empleados del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad"*. 1097

Expte. nº 5852/08 - 18/6/2008 1099

CXXXV *"Anapios, Ernesto s/queja por retardo, privación o denegación de justicia en 'Anapios, Ernesto c/Consejo Profesional de Ciencias Económicas s/impugnación de actos administrativos'"* 1111

Expte. nº 5958/08 - 18/6/2008 1112

CXXXVI *"Finoli, Micaela c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad"*. 1114

Expte. nº 5851/08 - 18/6/2008 1115

CXXXVII *"Martín, Mauro s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Club Atlético Vélez Sarsfield s/inf. art. 96, CC —apelación'"* 1119

Expte. nº 5978/08 - 20/6/2008 1120

CXXXVIII *"Ministerio Público —Defensoría General— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'López, Romina y Oniszczuk, Carlos Alberto s/inf. arts. 116, 117 y 118, CC'"* . . 1124

Expte. nº 5737/08 - 25/6/2008 1124

CXXXIX *"Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Guoshi, Doug s/infracción art. 104, CC'"* 1129

Expte. nº 5767/08 - 25/6/2008 1130

CXL *"Hotel Corrientes (Domingo Martín - Antonio Edgardo Messia) c/GCBA (Subsecretaría de Acción Social) s/cobro de pesos"* 1134

Expte. nº 2564/03 - 25/6/2008 1135

CXLI *"Banco Cetelem Argentina S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Banco Cetelem Argentina S.A. c/GCBA s/otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apel.'"* 1139

Expte. nº 5639/07 - 25/6/2008 1141

CXLII *"Ministerio Público —Asesoría Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad"*. 1151

Expte. nº 5541/07 - 30/6/2008 1152

CXLIII *"Banfi, Enrique Roberto y otros c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad"* 1157

Expte. nº 5869/08 - 30/6/2008 1159

CXLIV *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Bargiela, Juan Carlos c/GCBA s/otras demandas c/la aut. administrativa'"*. 1167

Expte. nº 5593/07 - 30/6/2008 1168

CXLV *"Palmerio, Claudio Daniel s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Palmerio, Claudio Daniel c/GCBA*

s/revisión cesantías o exoneraciones de empl. públ.'" y su acumulado expte. n° 5492/07 "Figueira, José s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Figueira, José c/GCBA s/revisión cesantías o exoneraciones de empl. públ.'" 1173

Expte. nº 5481/07 - 2/7/2008 1174

CXLVI *"Vascello, Leandro Jorge s/queja por retardo, privación o denegación de justicia en 'Vascello, Leandro Jorge c/GCBA y o. s/amparo'"* 1178

Expte. nº 5998/08 - 2/7/2008 1178

CXLVII *"Rojt, Julio M. y otro s/queja por retardo, privación o denegación de justicia en 'Rojt, Julio M. y otros c/Consejo Profesional de Ciencias Económicas s/rec. apel. c/res. discip. Consj. Prof. C.E. (art. 34 y DT 3a. ley)'"* 1180

Expte. nº 5895/08 - 2/7/2008 1180

CXLVIII *"Corporación de rematadotes y corredores inmobiliarios —Mutual— c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad"* 1182

Expte. nº 5520/07 - 2/7/2008 1182

CXLIX *"Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Metrovías S.A. c/GCBA y otros s/otros rec. judiciales c/res. pers. públicas no est.'"*. 1184

Expte. nº 5428/07 - 6/7/2008 1186

CL *"Méndez Cañas, Alberto Hernán c/Caja de Seguridad Social para Abogados de la CABA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido"*. 1192

Expte. nº 5560/07 - 7/7/2008 1193

CLI *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Latinoconsult S.A. - Prole Sudamericana S.A. Harinas S.A. (Unión Transitoria de Empresas) y otros c/GCBA s/otros recursos judiciales c/res. pers. públicas no estatales'"*. 1197

Expte. nº 5700/07 - 7/7/2008 1198

CLII *"Prato, Osvaldo c/CASSABA y otros s/otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apel. s/recurso de inconstitucionalidad concedido", y 5776/08 "Luchinsky, Rubén Osvaldo*

c/CASSABA y otros s/otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apel. s/recurso de inconstitucionalidad concedido" 1202

Expte. nº 5775/08 - 7/7/2008 1204

Expte. nº 5776/08 - 7/7/2008 1215

CLIII *"Pelacoff, Lisa Paola c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. n° 5854/08 "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Pelacoff, Lisa Paola c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA)'"*. 1224

Expte. nº 5860/08 - 7/7/2008 1227

FALLOS

I

"ALDAO, MAURICIO ÁNGEL S/INFRACCIÓN ART. 189 BIS, C.P. —APELACIÓN— S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO" Y SU ACUMULADO EXPTE. Nº 5310/07, "MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA OFICIAL EN LO CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS Nº 1— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'ALDAO, MAURICIO ÁNGEL S/INFRACCIÓN ART. 189 BIS, C.P. —APELACIÓN'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Requisitos.
Acordada 4/07, CSJN. Cuestión federal. Derecho común.
Interpretación de los arts. 4º de la ley 25.886 y 189 bis, inc. 2º del C.P.
Simple tenencia de arma de fuego de uso civil sin autorización legal.

SUMARIOS:

1. El recurso extraordinario federal debe ser admitido si cumple con los requisitos establecidos por la Acordada 4/07 de la CSJN, es deducido contra una resolución dictada por un tribunal de justicia, en un juicio que aborda una cuestión justiciable, actual y que causa un gravamen irreparable, contiene un relato de los hechos relevantes de la causa y desarrolla una crítica razonada de los argumentos que fundaron la sentencia recurrida. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

2. El recurso extraordinario federal debe ser denegado si la defensa omite el correcto planteo de alguna cuestión federal que habilite la competencia de excepción ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de conformidad con el art. 14 de la ley 48. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde).*

3. La presentación de la defensa sólo plantea su disconformidad con la interpretación de preceptos de derecho común y no acredita la existencia de un caso federal, al no aportar argumentos suficientes que controviertan el fundamento básico de la sentencia que consideró que la conducta imputada importó un peligro para la salud pública, pues no parece razonable equiparar sin más, un arma sin proyectiles a un arma ineficaz o no apta para el disparo. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde).*

Expte. nº 5304/07 - 6/2/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Defensor General de la Ciudad de Buenos Aires interpuso recurso extraordinario federal (fs. 585/603) contra la decisión de este Tribunal del día 24/10/2007 (fs. 564/581), que, por mayoría, rechazó la queja previamente deducida (fs. 535/545) y declaró mal concedido parcialmente el recurso de inconstitucionalidad (fs. 405/422).

2. Resumidamente, el recurrente considera que la decisión objetada, al negar los planteos efectuados por la defensa, lesiona "derechos de raigambre constitucional, el principio de legalidad y de tipicidad (arts. 18 y 19.II, C.N.; XXV, DADDH; 9º, CADH; 9º y 15, PIDCyP), lesividad (art. 19.I, C.N.), y se vulnera el sistema acusatorio de enjuiciamiento, lo que deriva en la afectación al principio de defensa en juicio (art. 18, C.N.; 26, DADDH; 11.1, DHDH; 8º, CADH, y 14, PIDCyP)" (fs. 588).

3. El Fiscal General, al contestar el traslado dispuesto, entendió que correspondía denegar el recurso extraordinario federal interpuesto. En primer lugar, consideró que la interpretación efectuada por los jueces de la causa respecto del art. 189 bis, inc. 2º, C.P. no resulta irrazonable ni arbitraria; en cuanto al momento en que entró en vigencia el tipo penal en cuestión, entendió que se trata de una mera discrepancia respecto de la interpretación de normas de derecho común; y sobre la lesión al sistema acusatorio y a la defensa en juicio, concluyó que la omisión del fiscal no provocó sorpresa para la defensa (fs. 605/609).

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso extraordinario federal interpuesto por el señor Defensor General a fs. 585/603 es admisible.

Cumple con los requisitos establecidos por la Acordada 4/07 de la CSJN y es deducido contra una resolución 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. Por lo demás, el recurrente ha introducido válidamente con su recurso extraordinario una cuestión federal —lesión a los principios de legalidad y de tipicidad (arts. 18 y 19, 2º, C.N.; XXV, DADDH; 9º, CADH; 9º y 15 PIDCyP) y de lesividad (art. 19, 1º, C.N.) y vulneración del sistema acusatorio, lo que derivaría en la afectación al principio de defensa en juicio (art. 18, C.N.; 26, DADDH;

11, 1º, DHDH; 8º, CADH; y 14, PIDCyP)— que guarda relación directa con la resolución de la causa.

En efecto, el señor Defensor logra articular con éxito dicha cuestión al controvertir la interpretación efectuada en autos del art. 4º de la ley 25.886 con el principio de legalidad y tipicidad penal; del art. 189 *bis*, inc. 2º, C.P. con el principio de lesividad; y de las bases del principio acusatorio —vinculado con el principio de defensa en juicio—, todos ellos incluidos en la C.N. y en los tratados internacionales de derechos humanos de igual jerarquía.

3. Por lo expuesto, voto por conceder el recurso extraordinario federal planteado por el señor Defensor General contra lo decidido en la resolución de fecha 24/10/2007.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Los agravios formulados no están contemplados en el art. 14 de la ley 48, toda vez que presentan discrepancias acerca de fundamentos no federales que el Tribunal utilizó para declarar mal concedido un recurso local de inconstitucionalidad en lo que lo fue y rechazar una queja articulada respecto de los agravios por los que fue denegado. En tales condiciones, las razones federales invocadas —principio de legalidad y de tipicidad (arts. 18 y 19 de la C.N.; XXV de la DADDH; 9º de la CADH y; 9º y 15 del PIDCyP), de lesividad (art. 19 de la C.N.) y vulneración del sistema acusatorio del que derivaría la afectación del derecho de defensa de su asistido (arts. 18 de la C.N.; 26 de la DADDH; 11.1 de la DUDH, 8º de la CADH y 14 del PIDCyP)— no encuentran relación directa con lo resuelto, por lo que corresponde denegar el recurso extraordinario deducido.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. El recurso extraordinario federal interpuesto a favor de Mauricio Ángel Aldao cumple con los requisitos extrínsecos de tiempo y forma exigidos por el art. 257, CPCCN. No obstante, tal como lo propicia el señor Fiscal General en su dictamen de fs. 605/609, la vía recursiva intentada debe ser denegada pues la defensa ha omitido el correcto planteo de alguna cuestión federal que habilite la competencia de excepción ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (art. 14 de la ley 48).

2. En primer lugar, en el recurso extraordinario agregado a fs. 585/603 el señor Defensor General reformula los agravios en torno a la supuesta falta de lesividad de la conducta imputada al señor Aldao —tomando como eje el voto de uno de los jueces de este Tribunal que propuso admitir los recursos de queja e inconstitucionalidad interpuestos— y sobrepasa los límites en los que fue planteada la cuestión hasta esta etapa del proceso mediante la introducción de diversas argumentaciones que hasta ahora no habían sido propuestas, circunstancia que, de por sí, es suficiente para denegar la vía extraordinaria.

De cualquier forma, la presentación de la defensa no conmueve lo afirmado por este Tribunal al resolver la queja oportunamente interpuesta, pues, en definitiva,

lo expuesto sólo da cuenta de la disconformidad del apelante con la interpretación de preceptos de derecho común y no acredita la existencia de un caso federal. Lo cierto es que, a pesar de los desarrollos volcados en la presentación en estudio, el recurrente no aporta argumentos suficientes para controvertir el fundamento básico de la decisión de los jueces de mérito. Esto es, que la conducta imputada en el caso al señor Aldao entrañó un peligro para la seguridad pública, más allá de que el arma que tenía en su poder se encontrara descargada —pues, en este sentido, no parece razonable equiparar, sin más, un arma sin proyectiles a un arma ineficaz o no apta para el disparo.

Así, por la ausencia de vinculación entre lo decidido en autos con la garantía invocada (principio de lesividad), no resulta posible habilitar la competencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación por la vía prevista en el art. 14 de la ley 48.

3. Finalmente, en relación con la alegada vulneración al principio de legalidad (fs. 596/599), al principio acusatorio y a la garantía de defensa en juicio (fs. 599 vta./603 vta.), la presentación recursiva se limita a reeditar los argumentos oportunamente planteados y a manifestar una mera discrepancia con la sentencia objetada, sin hacerse cargo de rebatir los fundamentos brindados por la mayoría de los integrantes del Tribunal. Por ello, ante la ausencia de una crítica concreta y razonada de todos y cada uno de los argumentos que fundaron la sentencia recurrida en torno a estos puntos, corresponde denegar la vía intentada (doctrina de *Fallos,* 283:404; 302:155; 311:169, 542; 314: 481; 315:325; 316:420; 325:2652, 326:2056; 327:352, entre muchos otros).

Por las consideraciones expuestas, corresponde denegar el recurso extraordinario federal interpuesto a fs. 585/603.

Así lo voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Adhiero al voto del doctor José O. Casás.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el Fiscal General, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal agregado a fs. 585/603.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se cumpla con la remisión ordenada a fs. 581, punto 3.

El juez Julio B. J. Maier no vota por estar en uso de licencia.

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

II

"SOLARES DE CONESA S.A. C/GCBA S/IMPUGNACIÓN ACTOS ADMINISTRATIVOS S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Caso constitucional. CÓDIGO FISCAL: Decreto reglamentario. IMPUESTO SOBRE LOS INGRESOS BRUTOS: Exención. Pacto Fiscal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento. CONSTRUCCIÓN DE INMUEBLES: Interpretación de normas tributarias. Prohibición de analogía. Principio de reserva de ley en materia tributaria. Principio de igualdad ante la ley.

SUMARIOS:

1. Se encuentra configurado el requisito de "caso constitucional" pues el recurrente cuestiona la validez del dec. GIBA-2143/99, en cuanto reglamenta el art. 116, inc. 22, apart. c) del C.F. de 1999, por vulnerar derechos y principios constitucionales (legalidad e igualdad), y la decisión definitiva de la Cámara fue contraria a su pretensión. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

2. Corresponde rechazar el recurso de inconstitucionalidad deducido pues la reglamentación cuestionada ha respetado el principio de legalidad tributaria, y la actividad de la actora —comercialización de unidades de vivienda— es distinta de la prevista por la exención —construcción—, por lo que no ha mediado un obstáculo constitucional que impida un tratamiento impositivo diferencial. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

3. La vigencia del principio de legalidad en materia tributaria implica que los elementos básicos y estructurantes del tributo, y la forma, contenido y alcance de la obligación tributaria deben estar consignados expresamente en la ley, para evitar la arbitrariedad en la imposición y la imprevisibilidad de las cargas tributarias, debiendo la ley determinar las exenciones neutralizadoras de los efectos del hecho imponible. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

4. Las normas tributarias deben interpretarse de acuerdo a los métodos admitidos en derecho —métodos literal, teleológico, histórico, evolutivo, etc.—, lo que puede conducir a una interpretación restrictiva o extensiva, según los casos y las normas involucradas, pero está excluida la analogía que no es aplicable en cuanto a los elementos estructurantes del tributo —hecho imponible, sujetos pasivos y elementos necesarios para la fijación del quántum— ni en relación con las exenciones. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

5. Si bien el principio de legalidad en materia tributaria no impide el dictado de reglamentos ejecutivos, el Poder Ejecutivo, titular de la potestad reglamentaria, no puede alterar el espíritu de la norma objeto de reglamentación (arts. 51 y 102, CCBA). *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

6. El decreto cuestionado precisa lo que debe entenderse por "responsable de la construcción" y, por ende, beneficiario de la exención, pues existen muchas actividades relacionadas con la construcción, que el legislador no ha pretendido beneficiar con la exención controvertida, y ello justifica el dictado de una reglamen-

tación que establezca el alcance de los términos utilizados por la norma exentiva. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

7. Al reglamentar la ley fiscal, el Poder Ejecutivo precisó lo que debe entenderse como "responsable de la construcción" sin ampliar ni restringir el alcance subjetivo de la exención, y lo hizo en forma razonable dándole plena efectividad a la intención del legislador, procurando evitar que las exenciones beneficiaran a actividades no contempladas por aquel, y respetando los parámetros establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de interpretación de exenciones tributarias. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

8. La exención consagrada en el decreto reglamentario del Código Fiscal cumple en esta jurisdicción el objetivo expresado en el apart. 4 g) del Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento, beneficiando a la empresa constructora que efectivamente realiza las actividades de construcción del inmueble, y excluyendo de la dispensa a la empresa que si bien puede ser la propietaria de la obra, no acreditó ser la responsable de su construcción, y por el contrario, ha encomendado a un tercero la ejecución de las actividades de dirección, construcción, ejecución estructural de la obra nueva y contratación del personal. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

9. El principio de igualdad ante la ley se viola cuando el ordenamiento jurídico prevé soluciones diferentes para aquellos individuos que se encuentran en las mismas circunstancias y condiciones, situación que no se verifica si la actividad realizada por la actora —comercialización de unidades de vivienda— es distinta de la prevista por la exención —construcción—, de modo que no existe obstáculo constitucional que impida un tratamiento tributario diferencial. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

10. Corresponde rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto pues la propia norma contenida en el Código Fiscal (t.o. 2000) —art. 125, inc. 22, apart. c)— impone la necesidad de que el beneficiario de la exención revista el carácter de responsable de la construcción, y si bien la actora acreditó su condición de propietaria de la finca en la que se realiza la obra y que desarrolla actividad como constructora, no ha demostrado vinculación alguna con la construcción del inmueble. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

11. Las disposiciones que estatuyen beneficios de carácter fiscal no deben interpretarse con el alcance más restringido que el texto admita, sino en forma tal que el propósito de la ley se cumpla, lo que equivale a admitir que las exenciones tributarias pueden resultar del indudable propósito de la norma y de su necesaria implicancia. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

12. Están exentos del impuesto los "responsables de la construcción", que no sólo asumen la responsabilidad profesional y administrativa por figurar en tal carácter suscribiendo los planos, sino que despliegan actividades conceptualizadas latamente como construcción en la obra, a tenor del Nomenclador de Actividades para Ingresos Brutos (NAPIB), y que registran ingresos por tal concepto, y no los que se adjudican la calidad de "constructores", pero despliegan puramente un negocio inmobiliario. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

13. El significado de reglas infraconstitucionales que rigen el alcance de cierta exención del Impuesto sobre los Ingresos Brutos, es una cuestión que debe ser dirimida por la Cámara como Tribunal de mérito definitivo, y no por este Tribunal. *(Voto en disidencia del señor juez Julio B. J. Maier).*

Expte. nº 5406/07 - 13/2/2008

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. A fs. 3/13 Solares de Conesa inició demanda contra el GCBA, a fin de que sea revocada la resol. 017/DGR-01, dictada con fecha 3/1/2001, que había rechazado el pedido de exención formulado por la actora, en relación a la obra sita en la calle Conesa 1956/58.

Consideró que, contrariamente a lo decidido por la Dirección General de Rentas en la resolución citada, su situación se encuadra en la exención consagrada en el art. 125, inc. 22, apart. c) del C.F. año 2000, y solicitó subsidiariamente que se declare la inconstitucionalidad del dec. regl. 2143/99, por introducir restricciones no contempladas por la ley reglamentada.

A fs. 75/87 contestó demanda el GCBA, solicitando su rechazo, con costas.

2. A fs. 123/127 dictó sentencia el señor juez de primera instancia, quien rechazó la demanda, con costas a la actora.

3. Esta decisión fue apelada por la actora a fs. 128, quien expresó agravios a fs. 135/141, los que fueron contestados por la demandada a fs. 146/159.

4. A fs. 165/167 dictó sentencia la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y tributario de la Ciudad, quien rechazó la apelación deducida y confirmó la sentencia de grado, con costas a la actora.

5. A fs. 171/175, la actora interpuso recurso de inconstitucionalidad, que fue contestado por la demandada a fs. 179/194, y declarado admisible por la Cámara a fs. 196/197.

6. A fs. 205/208 emitió su dictamen el Fiscal General Adjunto, propiciando declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la actora.

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la actora, y concedido por la Cámara, contiene dos agravios:

Por un lado, el recurrente insiste en plantear la inconstitucionalidad de la reglamentación del art. 116, inc. 22, apart. c) del C.F. año 1999 —idéntico al art.

125, inc. 22, apart. c) del C.F. año 2000—, efectivizada mediante dec. 2143/99, por violentar los principios de igualdad y legalidad tributaria, ya que introduciría restricciones que no se encontraban previstas en la exención establecida por el Código Fiscal, específicamente al determinar que sólo sea beneficiario aquél que reúna la calidad de constructor

Por otro lado, sostiene que la sentencia interpreta en forma incorrecta la normativa aplicable, ya que hace primar la reglamentación dispuesta por el dec. 2143/99 por sobre lo que específicamente establece el Código Fiscal. Esta última norma no exige que la obra se encuentre terminada, ni tampoco hace distingos en cuanto a quien sea el responsable de la obra en construcción, solo exige como único requisito que los planos de obra se encuentran inscriptos ante la Dirección General, de modo tal que la obra en cuestión puede ser desarrollada por el propio contribuyente o ser tercerizada su realización, lo que tornaría procedente al pedido de exención oportunamente realizado.

Como hemos visto, el recurrente cuestiona la validez de un decreto dictado por el Gobierno de la Ciudad —dec. 2143/99, en cuanto reglamenta el art. 116, inc. 22, apart. c) del C.F. año 1999—, por vulnerar derechos y principios constitucionales —principios de igualdad y legalidad tributaria, arts. 11 y 51, CCBA—, y la decisión definitiva de la Cámara fue contraria a su pretensión. Además, el planteo ha sido deducido en la demanda inicial, y mantenido al expresar agravios contra la sentencia de primera instancia.

En consecuencia, se encuentra configurado el requisito de "caso constitucional" lo que amerita admitir la queja y tratar *in totum* el recurso de inconstitucionalidad, ya que ambos agravios están íntimamente relacionados entre sí, de manera tal que —como veremos— la suerte del primer planteo determina el éxito o fracaso del segundo.

2. En cuanto al primer agravio, cabe realizar las siguientes consideraciones.

a) Previo a analizar el planteo del recurrente, realizaré algunas consideraciones referidas al alcance del principio de legalidad tributaria y a la interpretación de las normas tributarias, siguiendo los lineamientos expuestos en mi voto dictado en autos "Hipódromo Argentino de Palermo S.A. c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", resolución del 28/6/2001.

Allí sostuve que el principio de legalidad tributaria determina que no puede haber tributo sin ley previa que lo establezca, lo cual se fundamenta en la necesidad de establecer garantías que protejan el derecho de propiedad de los contribuyentes, ya que los tributos sustraen parte del patrimonio de los particulares, y es por ello que la decisión debe provenir del órgano representativo de la voluntad popular: el Parlamento.

La vigencia del principio de legalidad también implica que los elementos básicos y estructurantes del tributo, y la forma, contenido y alcance de la obligación tributaria deben estar consignados expresamente en la ley, para de ese modo evitar la arbitrariedad en la imposición y la imprevisibilidad de las cargas tributarias. Por

lo tanto, y entre otras cuestiones, *la ley debe determinar las exenciones neutralizadoras de los efectos del hecho imponible.*

Por otra parte, en cuanto a la *interpretación de las normas tributarias,* actualmente se niega que las leyes impositivas sean leyes de excepción y leyes odiosas, como también limitadoras de la libertad individual y del derecho de propiedad, lo cual significó el abandono de la doctrina según la cual las normas tributarias sustantivas deben interpretarse según el significado literal de sus términos y en forma no extensiva (Jarach: *Finanzas públicas y derecho tributario,* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 393).

En consecuencia, y de acuerdo con lo dispuesto por el art. 5º del Modelo de Código Tributario para América latina, las normas tributarias deben interpretarse de acuerdo a los métodos admitidos en derecho —métodos literal, teleológico, histórico, evolutivo, etc.—, lo que puede conducir a una interpretación restrictiva o extensiva, según los casos y las normas involucradas.

En lo referido a la interpretación de las exenciones tributarias, la Corte Suprema ha avanzado en este camino y abandonado el criterio meramente restrictivo, al sostener que "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. Fuera de tales supuestos, corresponde la estricta interpretación de las cláusulas respectivas, así como es impertinente la aplicación analógica de las cargas impositivas" (*Fallos,* 258:75; ver, además, la detallada cita de fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación realizada por mi colega doctor Casás en el considerando 9º de su voto en "Altieri e Hijos S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado" y expte. nº 2595/03, "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado", en "Altieri e Hijos S.A. c/Dirección General de Rentas —resol. 1672-SHyF/00— s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR —art. 114, C.F.—", expte. nº 2591/03, resolución del 29/9/2004).

Pero hay que distinguir la *interpretación extensiva* del *procedimiento analógico,* ya que la primera está permitida en el derecho tributario sustantivo, mientras que el segundo está prohibido en dicha materia. La interpretación extensiva le confiere a los términos utilizados por el legislador un significado que va más allá del sentido literal de los mismos, pero basándose en la propia norma —más precisamente en su espíritu—, mientras que la analogía extiende a un supuesto no expresamente regulado en la ley los principios dictados para otro supuesto con el que el primero guarda identidad de razón.

En el *derecho tributario material o sustantivo la analogía no es aplicable en cuanto a los elementos estructurantes del tributo* —hecho imponible, sujetos pasivos y elementos necesarios para la fijación del quantum—, *ni en lo referente a exenciones.*

b) La norma cuya constitucionalidad cuestiona la actora —dec. 2143/99— es un *reglamento ejecutivo o de ejecución,* que es aquél que dicta el Poder Ejecutivo en ejercicio de facultades reglamentarias propias, para asegurar o facilitar la aplicación o ejecución de las leyes, regulando los detalles necesarios para un mejor cumpli-

miento de las leyes y de las finalidades que se propuso el legislador (Marienhoff, Miguel S.: *Tratado de derecho administrativo,* t. I, 5ª ed. actualiz., nº 67 a, p. 259, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995).

El principio de legalidad en materia tributaria no impide el dictado de reglamentos ejecutivos. Si bien, como sostiene el catedrático español Juan José Ferreiro Lapatza —citado por mi colega doctor José O. Casás en "Derechos y garantías constitucionales del contribuyente. A partir del principio de reserva de ley tributaria", Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, p. 339—, "respecto a los elementos esenciales del tributo ya regulados por la ley, el mejor reglamento es el que no existe", lo cierto es que en algunos casos serán de gran utilidad ya que el legislador no puede reglar por sí mismo todas las cuestiones que demanda la aplicación de la ley.

Lo que no puede hacer el Poder Ejecutivo, titular de la potestad reglamentaria, es alterar el espíritu de la norma objeto de reglamentación. Ello, en el ordenamiento jurídico local, surge del citado art. 102, CCBA, que confiere al Jefe de Gobierno de la Ciudad la potestad de reglamentar las leyes "sin alterar su espíritu", y esta exigencia cobra mayor contundencia en materia tributaria, atento la estrictez con que debe interpretarse y aplicarse el principio de legalidad, conforme los términos del art. 51, CCBA.

En otros términos, en materia tributaria el Poder Ejecutivo puede dictar reglamentos de ejecución que regulen los detalles indispensables para asegurar el cumplimiento de la ley, pero no puede extender o restringir el alcance de los elementos esenciales del tributo regulados por ley.

c) Sentado lo expuesto, corresponde analizar si la reglamentación del art. 116, inc. 22, apart. c) del C.F. año 1999, realizada mediante dec. 2143/99, ha respetado o infringido el espíritu de la norma legal.

El art. 116, inc. 22, apart. c) del C.F. año 1999 (ley 150) establecía: "Están exentos del pago de este gravamen: (...) 22. Los ingresos provenientes exclusivamente del desarrollo de las siguientes actividades: (...) *c)* Los ingresos provenientes de la construcción en esta jurisdicción de inmuebles destinados a viviendas unifamiliares y/o multifamiliares no superiores a la categoría 'C', determinada conforme a las especificaciones y descripciones de los arts. 7º y 8º de la ley tarifaria, cualquiera sea el responsable de la construcción.

Para gozar de la exención es requisito que se hayan 'Registrado' los planos de obras nuevas ante el organismo técnico competente del GCBA y efectuada la comunicación pertinente a la Dirección General, en la forma, tiempo y condiciones que se establezca...".

El dec. 2143/99 reglamentó, entre otras normas, el citado art. 116, inc. 22, apart. c) del C.F. año 1999, en los siguientes términos: "El responsable de la construcción a que se refiere esta norma y por lo tanto beneficiario de la exención prevista en la misma es la empresa constructora a cuyo cargo se encuentra la construcción de los edificios destinados a vivienda íntegramente terminados, ya sea directamente o a través de terceros.

Cuando la construcción se lleve a cabo sobre inmueble ajeno es condición para hacer efectiva la exención la entrega al dueño de la obra de las unidades de vivienda completamente terminadas o en condiciones de habitabilidad.

La exención se concede respecto de cada plano de obra nueva con carácter provisorio hasta su completa ejecución y condicionada a que no se haya modificado la categoría de las viviendas.

La categoría de la obra se determina conforme las previsiones del Código Fiscal y de la Ley Tarifaria para la liquidación de las contribuciones inmobiliarias.

Las cocheras quedan comprendidas en la exención únicamente si son unidades complementarias de las unidades de vivienda.

Están alcanzados por la exención la totalidad de los ingresos provenientes de la construcción de los inmuebles destinados a viviendas unifamiliares y/o multifamiliares no superiores a la categoría C en esta jurisdicción, considerando a tal efecto al inmueble en su conjunto, conforme el respectivo plano de obra y las previsiones del presente inciso".

Claramente, la reglamentación lo que hace es precisar lo que debe entenderse por "responsable de la construcción" y, por ende, beneficiario de la exención. Es que existen muchas actividades relacionadas con la construcción, que el legislador no ha pretendido beneficiar con la exención controvertida, y ello justifica el dictado de una reglamentación que establezca el alcance de los términos utilizados por la norma exentiva.

El Poder Ejecutivo, al reglamentar la ley fiscal, pretendió darle plena efectividad a la intención del legislador, y evitar que puedan beneficiarse con la exención actividades no contempladas por el mismo, aprovechando la excesiva amplitud de los términos utilizados. *No amplió ni restringió el alcance subjetivo de la exención, sino que precisó su alcance, y lo hizo en forma razonable,* respetando los parámetros establecidos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de interpretación de exenciones tributarias (ver apart. 2.a] de este voto).

Para corroborar esta afirmación resulta pertinente recordar el origen de la exención de autos. El Código Fiscal de la Ciudad de Buenos Aires, al declarar exenta del impuesto a los ingresos brutos a la construcción de inmuebles, cumplió en esta jurisdicción el compromiso asumido en el apart. 4.g) del *Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento,* suscripto el 12/8/1993 por el Presidente de la Nación Argentina y los gobernadores provinciales. Como expresa el propio Pacto, fue firmado "...con el objetivo de comprometerse en distintas acciones necesarias para promover el empleo, la producción y el crecimiento económico armónico del país y sus regiones...", y para lograrlo se decidieron distintas medidas, entre las que se encuentra consagrar la exención referida.

Evidentemente, la exención con que se beneficia la construcción de inmuebles se fundamenta en que, como es público y notorio, dicha industria es una de las que más mano de obra requiere, más empleo genera.

Pues bien, en el objetivo expresado en el Pacto Federal podemos encontrar la indudable intención del legislador al consagrar la exención de autos, y no podemos

considerar incluida en la misma a la actividad de una empresa que contrató a un tercero —Arq. Parysow— para que realice la dirección, construcción y ejecución estructural de la obra nueva (ver planos de obra nueva obrantes a fs. 20/25 del expte. adm. nº 23.989). Entonces, quien realiza la construcción del inmueble, quien contrata personal para ello, es el Arq. Parysow y no Solares de Conesa.

En consecuencia, y luego de constatar que la reglamentación cuestionada ha respetado el principio de legalidad tributaria, podemos afirmar que lo que pretende el recurrente es crear un nuevo supuesto de exención que pueda beneficiarlo, por vía judicial y acudiendo a una interpretación analógica del art. 116, inc. 22, apart. c), C.F. año 1999, que, como hemos visto, no está permitida en esta materia.

d) La supuesta conculcación del *principio constitucional de igualdad ante la ley,* tampoco encuentra sustento.

El principio de igualdad ante la ley se viola cuando el ordenamiento jurídico prevé soluciones diferentes para aquellos individuos que se encuentran en las mismas circunstancias y condiciones, o en otras palabras, este principio constitucional exige que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias.

Pero la actividad realizada por la actora —comercialización de unidades de vivienda— es distinta de la prevista por la exención —construcción—, y en tal situación no existe obstáculo constitucional que impida un tratamiento tributario diferencial.

Por todo ello, considero que debe desestimarse la tacha de inconstitucionalidad de la reglamentación del art. 116, inc. 22, apart. c) del C.F. año 1999 —idéntico al art. 125, inc. 22, apart. c) del C.F. año 2000—, efectivizada mediante dec. 2143/99.

3. Respecto del segundo agravio, una vez determinado que la reglamentación cuestionada es constitucionalmente válida, el razonamiento empleado por la actora para concluir que la sentencia interpreta incorrectamente la normativa aplicable, pierde todo asidero.

Y es que la Cámara, como efectivamente hizo, debió analizar la pretensión a la luz no solo del art. 125, inc. 22, apart. c) del C.F. año 2000, sino también del dec. regl. 2143/99, ya que ambas disposiciones son complementarias y forman un bloque normativo indisoluble.

Es insostenible pretender que se aplique el Código Fiscal —norma principal— sin su correspondiente reglamentación —norma complementaria o secundaria—, justamente porque ésta es la que precisa el alcance de los términos empleados en la primera, y es enteramente aplicable al supuesto fáctico de autos.

Contrariamente a lo pretendido por el recurrente, no corresponde hacer primar una norma —el Código Fiscal— por sobre otra —el decreto reglamentario—, porque no hay ningún tipo de contradicción entre ambas normas.

Por lo tanto, este agravio también debe ser rechazado.

4. En virtud de lo expuesto, voto por rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la actora, con costas en virtud del principio objetivo de la derrota (art. 62, CCAyT).

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad fue interpuesto en tiempo oportuno y resulta procedente, toda vez que en autos se discute la constitucionalidad del dec. 2143/99 y el fallo apelado ha sido contrario a las pretensiones de la recurrente.

2. La actora se agravia, en primer término, de la interpretación que realizó el *a quo* del art. 125, inc. 22, apart. c) del C.F. (t.o. 2000). Aduce que incurrió "...en el error de considerar que debe primar la reglamentación dispuesta por el dec. 2143/99 por sobre lo que específicamente establece el Código Fiscal dictado por el Poder Legislativo de la Ciudad" (fs. 172 vta.).

Insiste, a su vez, con la tacha de inconstitucional del dec. 2143/99. En este orden de ideas, sostiene que conculca el principio de reserva de ley y, a diferencia de lo que entendió el *a quo*, niega que posea carácter meramente aclaratorio del mentado art. 125, inc. 22, apart. c), pues, a juicio de la recurrente, altera su espíritu al recortar el universo de beneficiarios y requiriendo que la obra se encuentre terminada, exigencia no contemplada en dicha ley. Recuerda que el art. 125, inc. 22, apart. c) preveía que iban a estar exentos del pago del ISIB "[l]os ingresos provenientes de la construcción en esta jurisdicción de inmuebles (...) cualquiera sea el responsable de la construcción" y, el reglamento al definir que se debía entender por responsable de la construcción estableció que sólo se iba a entender por tal a *"la empresa constructora a cuyo cargo se encuentra la construcción* de los edificios a vivienda íntegramente terminados, ya sea directamente o a través de terceros..." (sin resaltar en el original).

Por último, sostiene que el reglamento impugnado cercena el derecho de igualdad al establecer "...que sólo sea beneficiario el aquél que reúna la calidad de constructor y que la obra se encuentre terminada para poder acceder al beneficio" *(sic)* (fs. 173/173 vta.).

3. La Sala II de la Cámara CAyT de la CABA confirmó la sentencia de primera instancia en cuanto rechazó la acción entablada tendente a que se declarase la nulidad de la resol. 17-DGR/01 —acto mediante el cual se denegó, con base en el art. 122, inc. 22, apart. c) y en el dec. 2143/99, el pedido de exención sobre el ISIB formulado por Solares de Conesa S.A—. Para así decidir, sostuvo, en primer lugar, que "...la propia norma contenida en el Código Fiscal (t.o. 2000) impone la necesidad de que el beneficiario del privilegio revista el carácter de *responsable de la construcción*; sin embargo, como se comprueba con las constancias antes referidas, ningún vínculo con esa actividad —en el caso concreto— ha demostrado la parte actora...". Asimismo, en lo que hace a los requisitos previstos en el decreto, expresó que "...la recurrente no ha demostrado tener *a su cargo* la construcción a realizarse en el inmueble sito en Conesa 1956/58/64/70 ni, por lo demás, vínculo alguno con el

Arq. Parysow (directo, constructor y ejecutor estructural, como se ha visto), sino, a los sumo y como acertadamente señala la señora Fiscal ante la Cámara, su carácter de dueña de la obra de marras...” (fs.166 vta.). El *a quo* completó su razonamiento señalando que, si bien los argumentos dados tornaban innecesario expedirse acerca la de la tacha de inconstitucionalidad deducida respecto del dec. 2143/99, lo cierto es que “...el precepto cuestionado en modo alguno importa desvirtuar el artículo en cuestión; antes bien, una prudente relimitación de su texto” (fs. 166 vta.).

4. Con carácter previo a ingresar al análisis del recurso resulta menester reparar en algunas cuestiones metodológicas. El acto administrativo mediante el cual se denegó la exención solicitada por la empresa Solares de Conesa S.A. contempla solamente algunos de los elementos de la obligación tributaria que eventualmente podría resultar de los ingresos en la transmisión de un derecho sobre la obra (ver fs. 33 vta. del expte. administrativo). La circunstancia de que compete a la administración decidir acerca de la concurrencia de los demás que hacen al nacimiento de dicha obligación —ingresos— importa poner en vilo la definitividad del acto y el deber de cuidar que el control judicial no sea prematuro, esto es, que el Poder Judicial no venga a revisar la legitimidad de un acto que no reviste el carácter de definitivo o equiparable a tal dando lugar a la hipótesis de que su propia sentencia no dé conclusión al conflicto que podría generar algún capitulo ulterior. La ausencia de un agravio con el alcance reseñado sumado a la etapa que ha alcanzado el debate así como la organización que el dec. 2143/99 ha dado a la emisión de la decisión acerca de la exención, calificándola por obra con carácter previo a una determinación tributaria, y al trámite dado en la causa a la impugnación dirigida contra decisión que nos ocupa, aconsejan analizar en esta instancia los planteos propuestos por la recurrente. Por lo demás, el trámite que preveía el art. 113 del C.F. (t.o. 2000) para las impugnaciones dirigidas contra decisiones de la especie que nos ocupa, trasluce la intención del legislador de darles el carácter de definitivo. El mentado artículo establecía la posibilidad de interponer un recurso de reconsideración contra “...las resoluciones que dicta la Dirección General, determinando de oficio el impuesto sobre los ingresos brutos o imponiendo sanciones respecto de cualquier tributo, o decidiendo reclamos de repetición o de compensación o *de cualquier otra índole...”* (sin destacar en el original) y, contra la resolución recaída el contribuyente podía optar, dentro de los 15 días, por deducir recurso jerárquico o recurso judicial de apelación.

5. La actora postula que la sentencia apelada posibilita la lesión del principio de legalidad (conf. arts. 80, 102 y 103 de la CCBA y 4º, 17 y 75, incs. 1º y 2º de la C.N.). En este orden de ideas, afirma que la Cámara incurrió en el mismo error que el juez de grado al entender que resultaba indispensable para gozar de la exención acreditar la calidad de “constructor” haciendo primar de esta manera el texto del dec. 2143/99, a juicio de la recurrente inconstitucional, por sobre lo que específicamente preveía el Código Fiscal (t.o. 2000).

La Cámara, en lo que ahora importa, entendió que la actora no cumplía con los requisitos previstos por el art. 125, inc. 22, apart. c) del C.F. (t.o. 2000) para la obtención de la exención, esto es, haber acreditado ser la "responsable de la construcción". En tal sentido, sostuvo que "…como puede advertirse del examen de la Carpeta Interna 23.989/99 (actuaciones originadas como consecuencia del pedido de exención formulado por la firma actora), se encuentra acreditado que Solares de Conesa S.A. es *propietaria* del inmueble sito en Conesa 1956/58/64/70, mientras que, por su parte, las constancias obrantes a fs. 20/5 de la Carpeta citada dan cuenta de que la *dirección, construcción y ejecución estructural* se encuentra a cargo del Arq. Roberto Parysow// A partir de ello, no puede sino concluirse —con el magistrado de la anterior instancia y como bien señala la señora Fiscal ante esta Cámara— que la propia norma contenida en el Código Fiscal (t.o. 2000) impone la necesidad de que el beneficiario del privilegio revista el carácter de *responsable de la construcción*; sin embargo, como se comprueba con las constancias antes referidas, ningún vínculo con esa actividad —en el caso concreto— ha mostrado la parte actora. En efecto, si bien Solares de Conesa S.A. acreditó su condición de propietario de la finca en la que se realiza la obra en cuestión y que desarrolla actividad como constructora (ver fs. 4, 6, 8 y 14 de la Carpeta Interna 23.989/99), no ha demostrado vinculación alguna con la construcción del inmueble del que dan cuenta los planos de obra obrantes a fs. 20/5. Más aun cuando de las citadas actuaciones surge que la empresa 'constructora' demandante no posee, por ejemplo y como aparecería razonable para quien desempeña esa actividad, bienes de uso (ver fs. 14 de la mencionada carpeta)" (fs. 166) (sin resaltar en el original).

No se hace cargo la recurrente de estos argumentos ni cuestiona la validez del art. 125, inc. 22, apart. c) a la luz de lo dispuesto por la CCBA. Busca apoyo, en cambio, en afirmar que le fue requerido que acreditase su calidad de constructor (fs. 172 vta.), argumento que carece de relación directa con los motivos transcriptos. El *a quo* sustentó su decisión, en lo que hace a este punto, en que de las probanzas obrantes en la causa no surgía que la actora fuese la "responsable de la construcción" —requisito previsto en la ley— situación que la recurrente no muestra que coincida con la de "acreditar la calidad de constructor" (fs. 172 vta.) carga que sostiene le fue impuesta, por lo que el planteo no puede tener acogida favorable.

6. Tampoco puede prosperar el planteo de inconstitucionalidad, toda vez que la recurrente no ha demostrado que la reglamentación haya venido a alterar el espíritu de la ley. En efecto, en el caso están sobreentendidos los ingresos que podría obtener el director y constructor en fundo ajeno, contratado por la recurrente cuya percepción podía ser también analizada a la luz de la exención, aun cuando no compete hacerlo en el caso. En cambio, advertir que cuando, como en el *sub examine*, hay un dueño del fundo, Solares de Conesa S.A., y un director, constructor y ejecutor estructural, el arquitecto Roberto Parysow, aparecen 2 órdenes de ingresos distintas, a saber: *i)* los que retribuyen al constructor por la entrega de la obra, y *ii)* los que retribuyen al dueño por transmitir derechos sobre ella. En este

orden de ideas, surge la posibilidad de que la no discriminación entre unos y otros ingresos lleve a duplicar la exención, situación que muestra una justificación posible del decreto reglamentario de la que la recurrente no se ocupa. La actora centra su planteo en señalar que el decreto al definir qué debía entenderse por "responsable de la construcción" recortó el universo de posibles beneficiarios e incluyó requisitos no previstos en ella. En tal sentido, afirma que "[s]i la ley no especifica ni aclara el alcance de la exención, sino hace diferencias mencionando a 'cualquiera sea el responsable de la construcción', no se puede sostener con seriedad y validez que mediante vía reglamentaria se introduzcan modificaciones y restricciones a lo que la ley entendió como actividad exenta, en el caso de autos la construcción" *(sic)* (fs. 174). Pero, si se eximiera al constructor en fundo ajeno por lo que percibe por construir una vez que entrega la obra y al dueño de la obra se estaría duplicando la exención, consecuencia que no muestra la recurrente sea la querida por el legislador y menos aún que ella surja de modo manifiesta del texto del art. 125, inc. 22, apart. c) del C.F. (t.o. 2000), único límite, de los que pesan sobre el Poder Ejecutivo al reglamentar, al que apunta la argumentación de la apelante. En tales condiciones, las previsiones reglamentarias pueden estimarse alineadas con el espíritu de la ley.

En otras palabras, la actora no muestra que la administración al reglamentar no haya optado por una interpretación posible de ley y, menos aún, que dicha interpretación no sea la que mejor refleje los fines que se propuso el legislador con su dictado.

7. Finalmente, igual suerte debe seguir el planteo relativo a la violación del principio de igualdad ante la ley, en tanto los argumentos que lo sustentan están dirigidos a discrepar con la conformación de la categoría, esto es, el responsable de la construcción, y no a acreditar que dentro de ella se haya producido un trato diferencial en desmedro de las garantía prevista en los art. 11 de la CCBA y 16 de la C.N.

Por lo expuesto, voto por rechazar el recurso de inconstitucionalidad deducido. Costas a la vencida.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad que luce a fs. 171/175 vta. satisface las condiciones de admisibilidad. Ha sido interpuesto en tiempo y forma, ante el tribunal superior de la causa contra una sentencia definitiva y quien recurre goza de legitimación y capacidad procesal.

2. Anticipo que si bien es admisible, el recurso de inconstitucionalidad debe ser rechazado. Los argumentos de Solares de Conesa S.A. (en adelante, "SC") no logran conmover una sentencia constitucionalmente plausible.

En los apartados que siguen expondré las razones que apoyan esta conclusión.

3. Los agravios planteados por la actora pueden sintetizarse del siguiente modo:

a) Sostiene SC que la Sala II interpreta en forma incorrecta la normativa aplicable por cuanto "cae en el error de considerar que debe primar la reglamentación dispuesta por el dec. 2143/99 por sobre lo que específicamente establece el Código Fiscal dictado por el Poder Legislativo de la Ciudad de Buenos Aires" (fs. 172 vta./173). Dice la recurrente que el Código Fiscal no hace ninguna distinción, por lo cual la obra puede ser desarrollada por el propio contribuyente o tercerizarse su realización. Entiende que acreditó en las actuaciones administrativas (y que por ello solicitó la exención) que se trata de una empresa que se dedicaba a la construcción del inmueble sito en Conesa 1956/58. Por fin, destaca a fs. 173 que "el único requisito exigido por el Código Fiscal es la registración de los planos de obra ante la Dirección General". Y agrega que "[l]a norma legal no exige que la obra se encuentre terminada, como tampoco hace distingos en cuanto a quien *(sic)* sea el responsable de la obra de construcción" (fs. 173).

b) Aduce la accionante que la sentencia recurrida vulnera el principio de legalidad. Destaca que el decreto reglamentario introduce restricciones que no estaban previstas en la exención dispuesta en el Código Fiscal, afectando de este modo el principio de igualdad y el de legalidad. Cita los arts. 102, 103 y 80 de la CCBA y los arts. 17 y 19, C.N. En cuanto al principio de igualdad, señala la recurrente a fs. 173 y vta. que "es el decreto reglamentario el que establece la desigualdad de los contribuyentes, admitiendo que sólo sea beneficiario (...) aquél *(sic)* que reúna la calidad de constructor y que la obra se encuentre terminada para poder acceder al beneficio". Respecto del principio de legalidad, SC destaca a fs. 175 que el "Código Fiscal del año 2000 estableció la exención del pago del impuesto sobre los ingresos brutos para la actividad proveniente de la construcción, manifestando en forma expresa 'cualquiera sea el responsable de la construcción'. Así como la norma estableció la exención, el Poder Ejecutivo local no pude *(sic)* vía reglamentaria limitar el alcance de la exención estableciendo que sólo será aplicable la exención [a] aquellos *(sic)* que reúnan la calidad de constructores, o sea que lleven a cabo dicha actividad".

4. Dado que la suerte del agravio identificado con la letra a) en el apartado anterior depende de lo que se resuelva en relación con la inconstitucionalidad del dec. 2143/99 planteada por SC, abordaré en primer término esta última cuestión.

5. Las normas que se encuentran en juego en autos son el art. 116, inc. 22, apart. c) del C.F. t.o. 1999 y el dec. regl. 2143/99:

> *Código Fiscal t.o. 1999 (Ley 150 con texto ordenado por dec. 629/99, publicado en el Boletín Oficial de la Ciudad del 14/4/1999):*
>
> El art. 116, inc. 22, apart. c) de la norma de la referencia exime del pago del ISIB a "[l]os ingresos provenientes de la construcción en

esta jurisdicción de inmuebles destinados a viviendas unifamiliares y/o multifamiliares no superiores a la categoría 'C', determinada conforme a las especificaciones y descripciones de los arts. 7º y 8º de la ley tarifaria, cualquiera sea el responsable de la construcción.

Para gozar de la exención es requisito que se hayan 'Registrado' los planos de obras nuevas ante el organismo técnico competente del GCBA y efectuada la comunicación pertinente a la Dirección General, en la forma, tiempo y condiciones que se establezca".

En lo que aquí interesa, el art. 125, inc. 22, apart. c) del C.F. para el año 2000 (texto ordenado por dec. 347/2000, publicado en el *Boletín Oficial de la Ciudad* del 4/4/2000) reproduce el texto del art. 116, inc. 22, apart. c) del C.F. t.o. 1999 recién citado.

Dec. 2143/99 (publicado en el Boletín Oficial de la Ciudad del 29/11/1999):

La norma reglamenta el Código Fiscal t.o. 1999. Así, seguidamente transcribo la reglamentación que el decreto prevé para el art. 116, inc. 22, apart. c) del C.F. t.o. 1999 (posteriormente, art. 125, inc. 22 apart. c) del C.F. t.o. 2000):

"El responsable de la construcción a que se refiere esta norma y por lo tanto beneficiario de la exención prevista en la misma es la empresa constructora a cuyo cargo se encuentra la construcción de los edificios destinados a vivienda íntegramente terminados, ya sea directamente o a través de terceros.

Cuando la construcción se lleve a cabo sobre inmueble ajeno es condición para hacer efectiva la exención la entrega al dueño de la obra de las unidades de vivienda completamente terminadas o en condiciones de habitabilidad.

La exención se concede respecto de cada plano de obra nueva con carácter provisorio hasta su completa ejecución y condicionada a que no se haya modificado la categoría de las viviendas.

La categoría de la obra se determina conforme las previsiones del Código Fiscal y de la Ley Tarifaria para la liquidación de las contribuciones inmobiliarias.

Las cocheras quedan comprendidas en la exención únicamente si son unidades complementarias de las unidades de vivienda.

Están alcanzados por la exención la totalidad de los ingresos provenientes de la construcción de los inmuebles destinados a viviendas unifamiliares y/o multifamiliares no superiores a la categoría C en esta jurisdicción, considerando a tal efecto al inmueble en su conjunto, conforme el respectivo plano de obra y las previsiones del presente inciso".

Nótese, por lo demás, que el art. 13 del dec. 2033/03 derogó el dec. 2143/99. De todos modos, el dec. 2033/03 fue publicado en el *Boletín Oficial de la Ciudad*

el 5/11/2003 y la demanda de autos se promovió en el año 2001, con lo cual al momento de inicio de la acción de SC el dec. 2143/99 se encontraba vigente.

6. El art. 116, inc. 22, apart. c) del C.F. t.o. 1999 —idéntico al art. 125, inc. 22, apart. c) del C.F. t.o. 2000—- (en adelante, el "Código Fiscal") prevé la exención debatida en autos para "cualquiera sea el responsable de la construcción". Lo que el dec. 2143/99 hace no es otra cosa que precisar qué se entiende por "responsable de la construcción". Y al hacerlo, puntualiza que dicho sujeto es la empresa constructora a cuyo cargo se encuentra la construcción ya sea directamente o a través de terceros.

El decreto reglamentario aclara que gozará de la exención tanto la empresa constructora que realiza directamente la obra como la que lo hace a través de terceros. En otros términos: el decreto impugnado no distingue allí donde no lo hace el Código Fiscal.

El beneficiario de la exención es la empresa constructora que esté a cargo de la construcción. Y esto, más allá de que se pueda tercerizar la realización de la obra, implica que la empresa debe efectivamente dedicarse a la actividad de la construcción.

Como vemos, el dec. 2143/99 no produjo ninguna innovación en el orden jurídico tributario local sino que simplemente dejó inequívocamente de manifiesto lo que ya contenía la ley. En los términos del art. 116, inc. 22, apart. c) del C.F. t.o. 1999 (art. 125, inc. 22, apart. c) del C.F. t.o. 2000), no puede eximirse del pago del impuesto al sujeto cuyos ingresos no provengan de la construcción sino de otro tipo de actividades. Y en este punto nada nuevo ha agregado la reglamentación impugnada.

De tal manera, no puede afirmarse que el decreto cuya inconstitucionalidad denuncia la actora haya creado limitaciones a la exención establecida en el Código Fiscal. Por lo tanto, no se verifica en el caso ninguna afectación al principio de legalidad tributaria.

Tampoco se observa que el dec. 2143/99 vulnere el principio de igualdad. La norma no realiza ninguna distinción que no esté establecida en el Código Fiscal. Y la ley fiscal sólo prevé la exención en debate para quienes efectivamente realicen actividades de construcción, sin crear diferencias entre los distintos sujetos que lleven a cabo tales actividades.

Por todo lo expuesto, el agravio reseñado en b) debe ser rechazado. Y, así las cosas, idéntica suerte corre el agravio enunciado en a). Tal como advierte la señora jueza de Trámite, no hay contradicción entre el dec. 2143/99 y el Código Fiscal, y por lo tanto la decisión de la Cámara no subordina la ley al decreto sino que interpreta ambas normas de manera armónica y concordante. La sentencia, entonces, no afecta ninguno de los principios constitucionales que el recurrente invoca.

7. En consecuencia, corresponde rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la accionante, con costas a la vencida (art. 62, CCAyT).

El juez José O. Casás dijo:

1. Entiendo que el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por Solares de Conesa S.A. fue correctamente concedido por la Cámara. En efecto, en el caso se encuentra debatida la validez de la resol. 17-DGR/01, por considerarse que la misma, al denegar un pedido de exención del ISIB respecto de ingresos obtenidos —según la demandante— en el ejercicio de la actividad constructora, ha importado una violación del *principio de reserva de ley en materia tributaria* garantizado constitucionalmente (arts. 4º, 17, 19, 52, 75, incs. 1º y 2º, entre otros, C.N. y arts. 51, 80 y 81, CCBA); la sentencia definitiva recaída en el proceso, por su parte, ha sido contraria a la pretensión de la recurrente.

2. Solares de Conesa S.A., básicamente, intenta demostrar que los jueces de la causa, al descartar los reproches formulados contra la decisión de la DGR antes consignada, han convalidado una equivocada interpretación de la ley aplicable y hecho primar una reglamentación inconstitucional que introduce limitaciones que desvirtuarían lo establecido específicamente en el Código Fiscal, *haciéndole decir a la ley algo que la ley no dice*.

Tal circunstancia, en definitiva, se traduciría en un *recorte del universo de destinatarios* que legalmente se encuentran en condiciones de gozar de la exención impositiva reclamada y, en consecuencia, ello violentaría de manera directa —como se dijo— el principio de "reserva de ley tributaria".

3. El art. 125, inc. 22, c) del C.F. (t.o. 2000) exime del pago del ISIB a "[l]os ingresos provenientes de la construcción en esta jurisdicción de inmuebles destinados a viviendas unifamiliares y/o multifamiliares no superiores a la categoría 'C', determinada conforme a las especificaciones y descripciones de los arts. 7º y 8º de la ley tarifaria, cualquiera sea el responsable de la construcción./ Para gozar de la exención es requisito que se hayan 'Registrado' los planos de obras nuevas ante el organismo técnico competente del GCBA y efectuada la comunicación pertinente a la Dirección General, en la forma, tiempo y condiciones que se establezca".

Por su parte, el objetado dec. 2143/99 establece: "El responsable de la construcción a que se refiere esta norma y por lo tanto beneficiario de la exención prevista en la misma es la empresa constructora a cuyo cargo se encuentra la construcción de los edificios destinados a vivienda íntegramente terminados*, ya sea directamente o a través de terceros.* //Cuando la construcción se lleve a cabo sobre inmueble ajeno es condición para hacer efectiva la exención la entrega al dueño de la obra de las unidades de vivienda completamente terminadas o en condiciones de habitabilidad. //La exención se concede respecto de cada plano de obra nueva con carácter provisorio hasta su completa ejecución y condicionada a que no se haya modificado la categoría de las viviendas. La categoría de la obra se determina conforme las previsiones del Código Fiscal y de la Ley Tarifaria para la liquidación de las contribuciones inmobiliarias. //Las cocheras quedan comprendidas en la exención únicamente si son unidades complementarias de las unidades de vivienda" (el destacado ha sido añadido).

4. Los jueces de la causa, a partir de la prueba colectada, resolvieron que Solares de Conesa S.A. no puede en este caso gozar de la exención establecida en el Código Fiscal para los ingresos provenientes de la *construcción de viviendas*, debido a que la firma peticionante, más allá de haber probado que es la propietaria de la finca de la calle Conesa 1956/70 de esta Ciudad, no ha acreditado ser *la responsable de la construcción de la obra* emplazada en dicho terreno; por el contrario, según la Cámara, de las constancias del expediente administrativo pertinente (Carpeta Interna 23.989/99) surge que el director, constructor y ejecutor estructural de la obra resultó ser un tercero ajeno a la empresa, arquitecto Roberto Parysow —aspecto que no resultó controvertido por la recurrente.

5. Entiendo que, en primer lugar, conviene recordar, en palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, "(q)ue ...del mismo modo que el principio de legalidad que rige en la materia —conf. arts. 4º, 17 y 67, inc. 2º, de la C.N. (texto 1853/1860)— impide que se exija un tributo en supuestos que no estén contemplados por la ley, también veda la posibilidad de que se excluyan de la norma que concede una exención situaciones que tienen cabida en ella con arreglo a los términos del respectivo precepto. Corresponde añadir al respecto que las disposiciones que estatuyen beneficios de carácter fiscal no deben interpretarse con el alcance más restringido que el texto admita, sino en forma tal que el propósito de la ley se cumpla, lo que equivale a admitir que las exenciones tributarias pueden resultar del indudable propósito de la norma y de su necesaria implicancia (*Fallos,* 296:253; 312:529 y 315:257)" —*in re:* "Multicambio S.A.", sent. del 1º/6/1993, consid. 8º (*Fallos,* 316:1115).

También cabe señalar que, en materia de interpretación de exenciones, más allá de hacerse mayor o menor hincapié en el criterio estricto con que deben apreciarse, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reiterado en numerosos pronunciamientos, en términos de sentencia de condena u *obiter dictum*, ya concediéndolas, ya denegándolas, que las exoneraciones fiscales pueden resultar: no sólo del texto de la ley, sino también del indudable propósito del legislador o de la necesaria implicancia de la norma (conf. causas: "S.A. A.P. Green Argentina v. Nación Argentina", *Fallos,* 262:60, sent. del 21/6/1965; "Walter García", *Fallos,* 263:353, sent. del 29/11/1965; "S.R.L. Industria Dietética Ganadera", *Fallos,* 268:530, sent. del 8/9/1967; "SACIF Maderas Martini", *Fallos,* 277:373, sent. del 28/8/1970; "S.R.L. Prato Hermanos", *Fallos,* 279:226, sent. del 26/4/1971; "Anahí Cooperativa Argentina de Seguros Limitada", *Fallos,* 279:244, sent. del 26/4/1971; "Juan Orlando Corvetto", *Fallos,* 280:172, sent. del 21/7/1971; "SAIC Sherwin Williams", *Fallos,* 281:350, sent. del 22/12/1971; "Andrés Natali Macagno y otro", *Fallos,* 282:236, sent. del 7/4/1972; "José Manitta y otros v. Provincia de Mendoza", *Fallos,* 283:61, sent. del 26/6/1972; "SAICI Germor", *Fallos,* 284:9, sent. del 4/10/1972; "Víctor S. Guzmán v. Dirección General Impositiva", *Fallos,* 284:341, sent. del 6/12/1972; "S.A. Compañía Casco I.C.", *Fallos,* 286:340, sent. del 20/9/1973; "S.A. Mellor Goodwin, CIyF", *Fallos,* 287:79, sent. del 18/10/1973; "The Coca Cola Exp. Corporation", *Fallos,* 302:1599, sent. del 23/12/1980; "La Razón Editorial", *Fallos,* 305:635, sent. del 12/5/1983;

"Ana María Ordoñez v. Dirección General Impositiva", *Fallos,* 306:1201, sent. del 4/9/1984; "Madoni y Moretti S.C.A.", *Fallos,* 308:2554, sent. del 19/12/1986); "Desarrollo Forestal S.A. de Forestación", *Fallos,* 310:177, sent. del 5/2/1987; "Jockey Club de Rosario v. Dirección General Impositiva", *Fallos,* 312:529, sent. del 18/4/1989; "Nación Argentina —DGI— v. Asociación de Empleados de Comercio de Rosario", *Fallos,* 314:1842, sent. del 19/12/1991; "Juan Carlos Camarero", *Fallos,* 315:257, sent. del 10/3/1992; "Gasparri y Cía. S.A.", *Fallos,* 316:1332,: sent. del 16/6/1993; "Bodegas y Viñedos Peñaflor S.A. v. Dirección General Impositiva", *Fallos,* 319:1311, sent. del 16/7/1996; "Aurelio Flores", *Fallos,* 319:1855, sent. del 12/9/1996; "Sedamil SAIC v. Administración Nacional de Aduanas", *Fallos,* 319:2694, sent. del 12/11/1996; "Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires v. Hospital Alemán", *Fallos,* 320:58, sent. del 11/2/1997; "Instituto de Informaciones Comerciales Paraná v. Dirección General Impositiva", *Fallos,* 321:1660, sent. del 11/6/1998; "Mirta Graciela Vallori", *Fallos,* 324:3752, sent. del 6/11/2001, entre muchos otros —véase mi voto en la causa "Altieri e Hijos S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado", expte. nº 2591/03 y "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado", en "Altieri e Hijos S.A. c/Dirección General de Rentas (resol. 1672-SHyF/00) s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR (art. 114, C.F.)", expte. nº 2595/03, sent. del 29/9/2004.

6. A partir del encuadre de la cuestión delineado precedentemente, corresponde efectuar las siguientes consideraciones:

a) El art. 125, inc. 22, c) del C.F. (t.o. 2000) exime del pago del ISIB a los "ingresos provenientes de la construcción en esta jurisdicción... cualquiera sea el responsable de la construcción";

b) En lo personal, ya he tenido oportunidad de pronunciarme sobre la significación y alcance que cabe atribuir a la expresión *construcción de inmuebles* en el precedente "Altieri" antes citado, con el objetivo de determinar si era posible incluir dentro de los supuestos previstos por la minoración o dispensas incluidas en las sucesivas ordenanzas fiscales a las *ampliaciones* y *refacciones* de los inmuebles.

En este sentido, para arribar a una respuesta afirmativa, expresé que el asunto exige indagar, en este caso, "más que en el *alcance que se le asigna al término* en el lenguaje coloquial o corriente o en la significación de la voz técnica, en aquella de uso o afín al tributo de que se trata, esto es: el *impuesto sobre los ingresos brutos* y, en segundo término, a la utilizada habitualmente por el legislador fiscal, aunque esté referida a otros gravámenes, incluso pertenecientes a un diverso nivel de gobierno, pero que conforman el sistema tributario nacional, temperamento recomendado por la autonomía estructural y dogmática que se le reconoce al derecho tributario o, cuanto menos, a su indiscutido particularismo.

"6. La primer referencia la encontramos en *la resol. 2 de la Secretaría de Hacienda y Finanzas de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires* del 3/1/1994. Por la apuntada norma se aprueba el *Nomenclador de Actividades para Ingresos*

Brutos (NAPIB), basado según explícitamente se consigna en su art. 1º en la Clasificación Industrial Internacional Uniforme (C.I.I.U. Revisión 2), *con vigencia a los efectos de la aplicación del Impuesto sobre los Ingresos Brutos en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires* a partir del 4/1/1994. Valga referir que la Clasificación Industrial Internacional Uniforme ha sido elaborada por la *Organización de las Naciones Unidas,* resultando de uso difundido en los más diversos países a los fines de precisar y categorizar las distintas actividades que pueden desplegarse y que son objeto de la potestad tributaria normativa.

En tal índice la *posición 5.0.0.* está referida a *construcción* con los respectivos desagregados. Allí puede leerse:

500011 Construcción de calles, carreteras, puentes, viaductos, vías férreas, puerto, aeropuertos, centrales hidroeléctricas y otras, gasoductos, trabajos marítimos y demás construcciones pesadas

500012 Reforma o reparación de calles, carreteras, puentes, viaductos, vías férreas, puerto, aeropuertos, centrales hidroeléctricas y otras, gasoductos, trabajos marítimos y demás construcciones pesadas

500038 Construcción de edificios

500039 Reforma o reparación de edificios

500046 Construcciones no clasificadas en otra parte (incluido galpones, tinglados, silos, etc.)

500054 Demolición y excavación

500062 Perforación de pozos de agua

500070 Hormigonado

500089 Instalación de plomería, gas y cloacas

500097 Instalaciones eléctricas

500100 Instalaciones no clasificadas en otra parte (incluye ascensores, montacargas, calefacción, refrigeración, etc.)

500119 Colocación de cubiertas asfálticas y techos

500127 Colocación de carpintería y herrería de obra, vidrios y cerramientos

500135 Revoque y enyesado de paredes y cielorrasos

500143 Colocación, pulido de pisos y revestimientos de mosaico, mármol, cerámicos y similares

500151 Colocación de pisos y revestimientos no clasificados en otra parte excepto empapelado (incluye plastificado de pisos de madera)

500178 Pintura y empapelado

500194 Prestaciones relacionadas con la construcción no clasificadas en otra parte" (conf. *Adla*, t. LIV-A, pp. 656 y ss.).

"7. Otra pauta hermenéutica la encontramos en el *Convenio Multilateral para evitar la doble imposición en el impuesto sobre los ingresos brutos,* del que es parte contratante esta jurisdicción. En él se instituye un régimen especial de atribución de bases imponibles para actividades interjurisdiccionales referidas a *la construcción,* consignándose en la parte introductoria del art. 6º, en lo que aquí interesa: En los

casos de actividades de la construcción, incluidas las de demolición, excavación, perforación, etc., los contribuyentes... *La redacción antes transcripta también aporta una* acepción lata de la actividad *reforzada por el* carácter no taxativo de la enunciación *que denuncia la utilización del 'etc'.*

8. Saliendo de la órbita impositiva local, otro impuesto con difusión internacional, el *impuesto al valor agregado,* con una matriz técnica más evolucionada —impuesto en polifase no acumulativo— pero de incidencia genérica en el consumo como el impuesto sobre los ingresos brutos, nos refiere en la ley que lo regula (t.o. 1997) dentro del objeto del gravamen, en la introducción del art. 3º que: Se encuentran alcanzadas por el impuesto de esta ley las obras, las locaciones y las prestaciones de servicios que se indican a continuación:

a) Los trabajos realizados directamente o a través de terceros sobre inmueble ajeno, entendiéndose como tales las construcciones de cualquier naturaleza, las instalaciones —civiles, comerciales e industriales—, las reparaciones y los trabajos de mantenimiento y conservación. La instalación de viviendas prefabricadas se equipara a trabajos de construcción.

b) Las obras efectuadas directamente o a través de terceros sobre inmueble propio.

c) La elaboración, construcción o fabricación de una cosa mueble —aun cuando adquiera el carácter de inmueble por accesión— por encargo de un tercero, con o sin aporte de materias primas, ya sea que la misma suponga la obtención del producto final o simplemente constituya una etapa en su elaboración, construcción, fabricación o puesta en condiciones de utilización...

9. La conjunción de las diversas referencias antecedentes me permite formar convicción acerca de que el *beneficio fiscal* (minoración y luego exención) *ha estado concebido abarcando* no sólo la construcción de inmuebles *stricto sensu* sino, también, *las ampliaciones y refacciones, dejando al margen* de la franquicia, claro está, *los meros servicios vinculados con la actividad de conservación o mantenimiento de los inmuebles".*

c) Así las cosas, estimo que ahora es del caso agregar que la exención al pago del ISIB prevista en el Código Fiscal (t.o. año 2000) para los *ingresos provenientes de la construcción,* en mi opinión, ha sido establecida para favorecer a quien, en definitiva, acredite ser el "responsable de la construcción" en cada caso concreto —entendida la noción de *"*construcción*"* como comprensiva de los distintos trabajos detallados *in extenso* en el punto b) precedente y que originan la percepción de ingresos.

En virtud de lo señalado, entiendo que, interpretado razonablemente el precepto legal a la luz de su letra, su espíritu y su necesaria implicancia, no es posible afirmar que el Código Fiscal incluya dentro del grupo de beneficiarios de la dispensa del art. 125, inc. 22, c) a personas distintas al mencionado "responsable de la construcción" o "responsables de la construcción", entendiendo por tales no sólo

aquellos que asuman la responsabilidad profesional y administrativa por figurar en tal carácter suscribiendo los planos, sino también a quienes despliegan actividades conceptualizadas latamente como construcción en la obra, a tenor del ya referido Nomenclador de Actividades para Ingresos Brutos (NAPIB), y que registren ingresos por tal concepto. Así entendido el beneficio operará sin multiplicarse la franquicia en vista de un gravamen que opera técnicamente en polifases acumulativas, dejando al margen de la dispensa a aquellos que, en realidad, aunque se adjudiquen la calidad de "constructores", despliegan puramente un negocio inmobiliario, lo que adquiere nitidez en el caso de Solares de Conesa S.A. en cuanto se observe, por ejemplo, que no posee bienes de uso que le permitan desarrollar por sí la actividad constructiva de que se trata.

Siempre que se vende o revende un inmueble destinado a vivienda unifamiliar y/o multifamiliar de las características previstas para la exención, es necesario que en algún momento se haya desarrollado un previo proceso constructivo, pero cuando el mismo ha sido encomendado a terceros —con carácter de responsables de la construcción y por ende alcanzados por el beneficio—, resulta manifiesto que se esté en presencia más propiamente de un negocio comercial inmobiliario ya no amparado por la dispensa en cuanto la misma ha quedado circunscripta a la anterior etapa, dicho ello a pesar de que pueda generar dudas la amplitud de la alocución utilizada en el art. 125, inc. 22, c) del C.F. (t.o. 2000), cuando abarcando en la exoneración se alude a los ingresos de que se trata "cualquiera sea el responsable de la construcción". Es que, razonando por vía del absurdo, el beneficio podría invocarse siempre que se enajenara una unidad de vivienda de las características preestablecidas en una segunda o en sucesivas ventas, porque en todos los casos siempre seguiría habiendo un responsable de la construcción.

d) Además, tal como lo sostiene en su voto mi colega, la doctora Ana María Conde, el apuntado art. 125, inc. 22, c) del C.F., además, ha venido a dar cumplimiento en esta jurisdicción local al *Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento*, acto declarativo primero, en cuanto demanda introducir *reformas al Impuesto sobre los Ingresos Brutos*, en determinados casos para reducir el costo argentino (producción primaria, prestaciones financieras, industria manufacturera, etc.) y, en otros, como el de la *construcción de inmuebles, atendiendo al indudable efecto multiplicador que genera la nombrada actividad por ser una industria de industrias*, componente teleológico que no puede estar ajeno al momento de la interpretación de la norma que nos ocupa;

e) En virtud de las consideraciones expuestas, toda vez que la parte actora, al menos en esta causa, no ha acreditado cuál ha sido su participación en la construcción de la obra de la calle Conesa nº 1956/70, no ha demostrado haber percibido ingresos provenientes de la construcción del inmueble de la calle Conesa nº 1956/70 y sólo ha probado ser propietaria de dicha finca, estimo que los agravios planteados en el recurso de inconstitucionalidad no pueden prosperar.

7. La forma en que se resuelve, en rigor, torna innecesario hacer referencia al dec. 2143/99 —reglamentario del art. 125, inc. 22, c) del C.F. (t.o. 2000)— que ha sido tachado de inconstitucional por parte de Solares de Conesa S.A.

Al respecto, debo reiterar en esta oportunidad, tal como lo ha señalado con acierto el catedrático de la Universidad de Barcelona, José Juan Ferreiro Lapatza, "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", parágrafo II: "Los principios constitucionales del derecho financiero", Letra "A": "El principio de legalidad", punto 2: "Los tributos: el principio de legalidad tributaria", apart. c): "El principio de legalidad tributaria y las relaciones ley-reglamento", pp. 48 y ss., en particular p. 50, Marcial Pons, Madrid, 1997).

Por consiguiente, la facultad deferida al Poder Ejecutivo para interpretar las normas tributarias debe entenderse en armonía con las disposiciones de la Constitución local y no poniéndolas en pugna con su letra ni su espíritu, de lo que se infiere que por tal expediente no podrá la Administración crear ni restringir los hechos imponibles, ni sus pertinentes exoneraciones (conf. mi voto *in re:* "Asociación de Receptorías de Publicidad [A.R.P.] c/GCBA s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 329/00, sent. del 6/9/2000, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, t. II, pp. 260 y ss.).

Sentado lo expuesto, a diferencia de lo sostenido por la parte recurrente, tengo para mí que el decreto reglamentario impugnado, en realidad, nada agrega a lo previsto en el Código Fiscal que pueda resultar determinante para variar la suerte de lo decidido en este juicio.

8. En punto al agravio vinculado a la alegada violación del principio de igualdad, comparto lo expresado en el punto 2 d) del voto de la señora jueza de trámite, doctora Ana María Conde, así como lo consignado en el punto 7 del voto mi colega, el doctor Luis F. Lozano. A dichos fundamentos me remito en homenaje a la brevedad.

Por las consideraciones expuestas, corresponde rechazar el recurso de inconstitucionalidad deducido. Las costas deben imponerse en el orden causado, en atención a que la parte actora pudo considerarse con derecho a recurrir (art. 62, párr. 2º, CCAyT).

Así lo voto.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad —interpuesto en tiempo y forma ante el tribunal superior de la causa y contra una sentencia definitiva— resulta procedente, puesto que: *a)* se controvierte en el *sub examine* la validez constitucional del dec. 2143/99, sobre la base de su supuesta transgresión al principio de legalidad tributaria y *b)* el pronunciamiento apelado propició una solución contraria a la pretensión del recurrente. De este modo, no existe duda alguna acerca del alcance constitucional de la cuestión planteada por la actora, la empresa Solares de Conesa S.A.

2. En especial, se ha puesto en tela de juicio, para la solución del caso, la validez de la resol. 17-DGR/01, mediante la cual se denegó el pedido de exención del IIB, efectuado por Solares de Conesa, respecto de aquellos ingresos obtenidos por la empresa en ejercicio de su actividad constructora, según lo establece el art. 125, inc. 22, apart. c) del C.F. (t.o. 2000), interpretado de manera conjunta con su dec. regl. 2143/99.

El art. 125, inc. 22, apart. c) del C.F. (t.o. 2000) dispone: "Están exentos del pago de este gravamen: ...Los ingresos provenientes de la construcción en esta jurisdicción de inmuebles destinados a viviendas unifamiliares y/o multifamiliares no superiores a la categoría 'C', determinada conforme a las especificaciones y descripciones de los arts. 6º y 7º de la ley tarifaria, cualquiera sea el responsable de la construcción. Para gozar de la exención es requisito que se hayan 'Registrado' los planos de obras nuevas ante el organismo técnico competente del GCBA y efectuada la comunicación pertinente a la Dirección General, en la forma, tiempo y condiciones que se establezca" [mi énfasis]. Por su parte, el decreto reglamentario establece que sólo se entenderá responsable de la construcción a "la empresa constructora a cuyo cargo se encuentra la construcción de los edificios destinados a vivienda íntegramente terminados, ya sea directamente o a través de terceros". De este modo, la DGR entendió que la empresa SC no resultaba beneficiaria de la exención solicitada, frente a la imposibilidad de atribuirle, legítimamente, el carácter de "responsable de la construcción".

En radical contraposición con la exégesis de la normativa involucrada, expuesta hasta aquí, la posición de la actora es que el Código Fiscal instituye una exención cuyo universo de destinatarios alcanza a todos los sujetos cuyos ingresos provengan de la actividad de la construcción, sin distinción entre el responsable directo y aquél que encarga la construcción a un tercero. Si esta exégesis está ejemplarizada y se ha tornado derecho jurisprudencial consolidado, ello significa que el dec. 2143/99, al limitar el alcance de la disposición parcialmente transcripta *supra*, incurre en exceso reglamentario, en razón de lo cual la actora plantea subsidiariamente su inconstitucionalidad.

3. En su recurso de inconstitucionalidad, la actora formula agravios que evaluaré en sus conexiones, antes que en sus aparentes aspectos distintivos, lo cual será suficiente —lo anticipo— para resolver el caso —expuesto sólo desde uno de sus parámetros jurídicos ante el TSJBA, conforme a su competencia limitada—,

dada la relación de interdependencia que manifiestan. El actor cuestiona el criterio hermenéutico aplicado por la Cámara al interpretar la normativa aplicable de un modo que asigna carácter aclaratorio al decreto reglamentario del Código Fiscal (t.o. 2000). De este modo, alega la recurrente, el tribunal incurre en el error de reputar que la reglamentación establecida en el dec. 2143/99 prevalece sobre y desplaza a las disposiciones reglamentadas, esto es, al propio Código Fiscal (fs. 172 vta./173). Como se verá, *se trata efectivamente de un argumento que conmueve la solidez de la sentencia*, especialmente en términos de interpretación constitucional.

La recurrente también se agravia de la supuesta vulneración al principio de legalidad tributaria por el pronunciamiento en crisis, pues éste —aduce— valida tácitamente un decreto que incorpora ciertas restricciones al beneficio de la exención dispuesta por el Código Fiscal, restricciones que suponen, asimismo, un menoscabo al derecho de igualdad. En efecto, y sólo por imperio del decreto, resulta beneficiario exclusivamente aquél que reúna la calidad de constructor, al tiempo que se exige que la obra esté terminada para poder acceder al beneficio (fs. 173/173 vta.). SC invoca vulnerados los arts. 17 y 19, C.N., y 51, 80, 102 y 103, CCBA (fs. 173 vta., 174 y 175).

4. El reproche de SC respecto del criterio hermenéutico aplicado por la Cámara se sustenta en la siguiente circunstancia: de acuerdo con la interpretación de la Alzada, Solares de Conesa S.A. resulta inelegible para la aplicación de la norma exentiva, pues "el estudio de la norma fiscal involucrada y de las constancias probatorias aportadas a la causa permiten concluir que la demandante no ha demostrado la calidad de *responsable de la construcción* que se exige para lograr el funcionamiento del privilegio" (de la sentencia de Cámara, ver fs. 166; énfasis suplementado). En efecto, la Alzada expone que, al ser ello así, "y toda vez que la demandante no ha demostrado tener *a su cargo* la construcción a realizarse en el inmueble sito en Conesa 1956/58/64/70 ni, por lo demás, vínculo alguno con el Arq. Parysow (director, constructor y ejecutor estructural...), sino, a lo sumo y como acertadamente señala la señora Fiscal ante la Cámara, su carácter de dueña de la obra de marras, la petición actora también desde este ángulo habrá de rechazarse" (fs. 166 vta.).

Un énfasis particular merece, a mi juicio, el modo como la Cámara avanza hasta afirmar que las precisiones incorporadas por el dec. 2143/99, significan "*un razonable ajuste* de los conceptos contenidos en [el art. 125, inc. 22, apart. c) del C.F. (t.o. 2000)]... que "en modo alguno desnaturalizan la disposición que reglamentan, sino que constituyen "una prudente relimitación de su texto" (166 vta.; énfasis aportado). Como se aprecia, y en sustento de aquello expuesto *supra*, la propia Cámara articula un argumento mixto: por un lado, y sustancialmente, este argumento busca amparo en el *criterio restrictivo de interpretación* que, conforme al juicio de los magistrados, debe regir en materia de exenciones tributarias. En este orden de ideas, la Cámara aduce haberse ceñido al criterio exegético indicativo de la corrección de una interpretación del régimen de exenciones tributarias en términos estrictos, sumado a la necesidad más general de interpretar normas en las que podría manifestarse un problema lingüístico por la laxitud extrema de las

expresiones empleadas en aquéllas, y hasta por la textura abierta del lenguaje que manifiestan. Desde este punto de vista, más genérico como puede apreciarse, el texto reglamentado (aquí, el Código Fiscal) adolece de una tal amplitud, que su contenido no puede limitarse inteligiblemente, y es este defecto insalvable el que viene a corregir la norma reglamentaria. O ése es el juicio de la Cámara y de los colegas que me han precedido en el voto.

5. Ahora bien: el art. 51 de la CCBA establece con cierta precisión *el principio de legalidad tributaria*. Entre otras especificaciones, la norma constitucional expresa que "[n]o hay tributo sin ley formal; es nula cualquier delegación explícita o implícita que de esta facultad haga la Legislatura. *La ley debe precisar la medida de la obligación tributaria*" (énfasis agregado). Esta regla constitucional, bien clara, fija —a mi juicio— el sentido de la decisión de este Tribunal, en el límite de su competencia.

Si se lee correctamente el agravio del recurrente y la sentencia de la Cámara, no puede dejarse de conceder cierta razón al recurrente. La Sala II de la Cámara admite, en su sentencia (fs. 161 y ss.) que el dec. 2143/99 "aclara, limita o integra" la regla del art. 125, inc. 22, c) del C.F. (t.o. 2000), con lo cual ha cumplido con uno de los presupuestos del agravio: no es la ley formal, procedente de la Legislatura, la que ha establecido los límites de la excepción, y, con ello, "la medida de la obligación tributaria", sino, por lo contrario, un acto del Poder Ejecutivo es el que pretende aclarar, limitar o integrar la exención impositiva fijada por ley, según la interpretación de los jueces. Con ello —no hay duda—se ha producido por obra de la interpretación judicial una delegación explícita al Poder Ejecutivo acerca de la facultad de la Legislatura para fijar la obligación tributaria y su medida.

El error consiste en haber interpretado la regla del Código Fiscal por intermedio de una segunda norma, que fijaría los límites de la primera y, con ello, no dejaría espacio para la verificación de que existe otra interpretación elegible del texto legal. Concebir la restricción del decreto reglamentario como obligatoria o necesaria para interpretar el texto legal es aquello que resulta abiertamente contrario al principio de legalidad tributaria, expresado en la CCBA.

6. Lo anteriormente dicho convoca a proponer la revocación de la sentencia, conforme al pedido del recurrente, pero tal revocación está lejos de significar su triunfo en la litis. En primer lugar, la decisión del litigio depende de la interpretación de la ley común (infraconstitucional), esto es, del alcance que hermenéuticamente los jueces de mérito puedan fijar acerca del inc. c) del art. 125 del C.F. (t.o. 2000), sin recurrir a la obligatoriedad de la interpretación que la Administración ha efectuado, normativamente, de tal regla. En segundo lugar, el litigio requiere la valoración de ciertos aspectos probatorios y de hecho, que deben constar en él. Para estas dos tareas resulta incompetente el TSJBA y, por lo contrario, son competentes los tribunales de mérito. Como lo he sostenido en otras ocasiones, el Tribunal no tiene competencia para decidir cuestiones de mérito, relativas al hecho, su interpretación y la de las normas a aquél aplicables, esto es, sobre la adecuación del "Derecho infraconstitucional" al caso.

Con otras palabras, el análisis del litigio permite concluir que las cuestiones que hemos examinado significan, *en definitiva*, la expresión de una opinión hermenéutica particular de la Sala acerca del significado de *reglas infraconstitucionales* que rigen el alcance de cierta exención del impuesto sobre los ingresos brutos. Como tribunal de mérito definitivo, es la Cámara, mediante el recurso respectivo, el órgano judicial competente para dirimirlas, y su interpretación no compete, claramente, a este Tribunal.

El recurso de inconstitucionalidad interpuesto por SC no implica una nueva instancia ante la cual los litigantes puedan traer sus disconformidades con el punto de vista interpretativo de una disposición del Código Fiscal y su decreto reglamentario—normas infraconstitucionales— de la sentencia criticada.

El recurrente sólo formuló críticas concernientes a la interpretación de normas que carecen de rango constitucional, sin impugnarlas sólidamente desde ese ángulo imprescindible (esencialmente, vale destacarlo, con relación al dec. local 2143/99). No morigera el temperamento señalado el hecho de que, a título de mera enumeración, se hayan invocado ciertas disposiciones de las Constituciones Nacional y local y la supuesta afectación a ciertos derechos y garantías, porque no se vinculan plausiblemente los reproches de la recurrente con las menciones que realiza, de manera de *sostener* 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. nº 1465/02, resolución del 24/4/2002; "Cavalleri de Goldberg, Marta Raquel s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Cavalleri de Goldberg, Marta Raquel c/GCBA s/empleo público no cesantía ni exoneración'", expte. nº 1309/01, resolución del 6/3/2002 y sus citas).

7. Por las razones que anteceden, la solución que propongo, que principia con el reconocimiento de la razón que le asiste al recurrente en cuanto al agravio relativo al principio de legalidad tributaria, se completa con el reenvío del procedimiento a la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario para que otros jueces, distintos de los que ya pronunciaron sentencia, dicten una nueva decisión definitiva sobre el caso.

Por ello, emitido el dictamen del señor Fiscal General Adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por Solares de Conesa S.A. a fs. 171/175.

2º. *Imponer* las costas a la parte vencida.

3º. *Mandar* que se registre, notifique y devuelva al tribunal remitente.

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

III

"SAYAGO, NORMA GLADYS C/FISCALÍA EN LO CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS Nº 10 Y OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/CONFLICTO DE COMPETENCIA"

CONFLICTO DE COMPETENCIA: Amparo. Venta ambulante en la vía pública. Ley 2145. Competencia del fuero Contencioso Administrativo y Tributario.

SUMARIOS:

1. Es competente el Juzgado de primera instancia Contencioso Administrativo y Tributario cuando se requiere amparo del poder judicial frente a la actividad desplegada indistintamente por la Fiscalía Contravencional de la Ciudad, personal de la Comisaría Nº 11 y otras de la zona y la Dirección General de Fiscalización y Control de la Subsecretaria de Control Comunal, dependiente del Ministerio de Gobierno, porque "en forma actual e inminente lesionan, restringen, amenazan e impiden, con arbitrariedad e legalidad manifiesta" sus derechos a vender "baratijas" de "mera subsistencia" en la vía pública de la Ciudad, y no se advierte la existencia de algún procedimiento contravencional o de faltas *concreto* en el cual la actora se encuentre involucrada como presunta infractora. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al que adhieren los señores jueces Julio B. J. Maier, José O. Casás y Ana María Conde).*

2. La actuación del Tribunal, suscitada para resolver una contienda negativa de competencia, supone analizar la pretensión de fondo articulada en la demanda y los argumentos brindados por los magistrados con la exclusiva finalidad de establecer cuál es el fuero competente, pero en modo alguno puede implicar un pronunciamiento por parte de este estrado respecto de otras cuestiones vinculadas, por ejemplo, a determinar si el pedido formulado en estas actuaciones constituye un caso, causa o controversia judicial (conf. art. 106, CCBA) que deba ser atendido por los magistrados a los que se les asigne la competencia. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

3. La regla establecida en el art. 7º de la ley 2145 por la que corresponde al fuero contencioso administrativo el conocimiento de los amparos dirigidos contra autoridades públicas, debe ser referida a las autoridades públicas en ejercicio de las funciones cuyo control judicial prevé la ley 189. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

4. Cuando el planteo involucra una actuación concreta de un fiscal contravencional, su control en sede judicial correspondería, según reglas aplicables (ley 7, art. 49), al fuero contravencional y de faltas. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. nº 5585/07 - 13/2/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El 5/10/2007 Norma Gladys Sayago, "de la Agrupación Trabajadores Parque Centenario (ATPC)", patrocinada por el doctor Sebastián H. Legna, interpuso demanda de amparo y solicitó una medida cautelar ante el fuero Contencioso Administrativo y Tributario (fs. 1/5), contra el "accionar de la Fiscalía Contravencional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y personal de la Comisaría Nº 11 y otras de la zona" para poder trabajar libremente en la vía pública como vendedores ambulantes de "baratijas" para procurarse su "mera subsistencia" (fs. 3).

En dicha oportunidad sostuvo que padecían "hostigamiento" por parte de los demandados, en especial las semanas previas al proceso electoral y con "perspectiva" de mantenerse en el tiempo, afectando indebidamente sus derechos "a la vida, a la salud, al honor y a la propiedad" (fs. 2).

2. El fiscal Contencioso Administrativo y Tributario dictaminó a favor de la competencia del fuero contravencional y de faltas por razones de especialidad, al "inferir la existencia de al menos una causa iniciada" en dicho fuero al encontrarse demandadas las Fiscalías Contravencionales —"al parecer las Nº 10 y Nº 11"— y disipar de ese modo, "el peligro de adopción de decisiones contradictorias" (fs. 61).

3. La jueza subrogante a cargo del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nº 5 compartió los términos del fiscal y, en consecuencia, declaró su incompetencia para intervenir en el caso (fs. 62).

4. A fs. 66 vta., el Juez Contravencional y de Faltas Nº 2 remitió la causa al Juzgado Contravencional y de Faltas Nº 31 por existir "conexidad objetiva entre la causa 31.254 y la presente".

5. A fs. 68 la Jueza a cargo del Juzgado Contravencional y de Faltas Nº 31 admitió la conexidad, ordenó la acumulación al expte. nº 31.254, dispuso estar a lo resuelto a fs. 68/70 de este último —declaración de su incompetencia— y remitir "ambas acciones" al magistrado a cargo del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nº 9.

6. Recibidas las causas acumuladas en el Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario Nº 9, se ordenó el desglose del presente expediente, y su remisión al Juzgado Nº 5 del fuero con copia certificada del decisorio de incompetencia citado en el punto anterior (ver fs. 69/72).

7. El 23/11/2007 (fs. 76) la jueza subrogante del Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario Nº 5, mantuvo su incompetencia declarada a fs. 62 y decidió elevar las actuaciones al Tribunal Superior de Justicia.

8. A fs. 80/83 el Fiscal General opinó que resulta competente para entender en el caso el Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nº 5, por estimar que "corresponde al fuero contencioso administrativo y tributario entender en todos

los amparos dirigidos contra autoridades públicas de la ciudad" de conformidad con lo establecido por el art. 7º, ley 2145.

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. La cuestión traída a decisión del Tribunal es similar a la que se resolviera el día 19/12/2007, en los autos "Arancibia Cuba, Noemí Cristina c/Fiscalía en lo Contravencional y de Faltas Nº 10 y otros s/amparo (art. 14, CCBA)", expte. nº 5564/2007, la cual a su vez poseía notas análogas a las resueltas en los autos "Argañaraz, Mercedes Jesús y otros c/GCBA (Dirección General de Habilitaciones y Verificaciones) y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/conflicto de competencia", expte. nº 1187/01, sent. del 13/9/2001; "Silveira Urrutia, César y otros c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/conflicto de competencia", expte. nº 3373/04, resolución del 24/11/2004; "Valle, Rubén y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/conflicto de competencia", expte. nº 3839/05, resolución del 16/3/2005 y "Almeida, Marcelo y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/conflicto de competencia", expte. nº 4756/06, resolución del 14/7/2006.

En dichas oportunidades el Tribunal consideró correcto atribuir la competencia al juez Contencioso Administrativo y Tributario cuando la "pretensión de los amparistas 'no está relacionada con ningún procedimiento en particular (...) sus cuestionamientos no están dirigidos contra actos dispuestos por la autoridad administrativa que hayan derivado en la formación de algún expediente de faltas (...) sino que la petición está dirigida a obtener un pronunciamiento judicial que ordene a las demandadas abstenerse de seguir ejecutando supuestos actos ilegítimos en los lugares de trabajo de los actores".

Agregó asimismo que "más allá de las faltas o contravenciones en que pudieran incurrir los actores (...), los interesados requieren al Poder Judicial local que los ampare en el ejercicio y desarrollo de sus actividades comerciales (...)".

2. En el *sub lite* todo indica que resulta aplicable una vez más dicha doctrina, en la medida en que la actora requiere amparo del Poder Judicial frente a la actividad desplegada indistintamente por la Fiscalía Contravencional de la Ciudad, personal de la Comisaría Nº 11 y otras de la zona y la Dirección General de Fiscalización y Control de la Subsecretaria de Control Comunal, dependiente del Ministerio de Gobierno, porque "en forma actual e inminente lesionan, restringen, amenazan e impiden, con arbitrariedad de legalidad manifiesta" sus derechos a vender "baratijas" de "mera subsistencia" en la vía pública de la Ciudad (más precisamente, en la calle Leopoldo Marechal —Parque Centenario—).

Por otra parte, de la lectura minuciosa de la causa no se advierte la existencia de algún procedimiento contravencional o de faltas *concreto* en el cual la actora se encuentre involucrada como presunta infractora.

Por lo dicho y en atención a que la competencia debe decidirse en función de los elementos acreditados en la causa y que éstos no ameritan la excepción expuesta por el Tribunal al fallar en el expte. nº 5506/07 SAO "Mercado Romero, Heriberto Román c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/conflicto de competencia", resolución del 25/10/2007, la demanda introducida en autos corresponde al conocimiento de la justicia en lo Contencioso Administrativo y Tributario, de acuerdo con lo establecido en los arts. 1º y 2º, CCAyT y 7º de la ley 2145.

3. Por todo lo expuesto, voto por atribuir la competencia para entender en estas actuaciones al Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nº 5.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

Me adhiero al voto de la señora jueza de trámite, doctora Alicia E. C. Ruiz.

El juez José O. Casás dijo:

1. Adhiero al voto de la señora jueza de trámite, doctora Alicia E. C. Ruiz, en tanto expone acabadamente los motivos por los cuales corresponde atribuir la competencia para entender en estas actuaciones al Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nº 5.

2. Sólo a mayor abundamiento, considero oportuno recordar que "(l)a actuación del Tribunal, suscitada para resolver una contienda negativa de competencia, supone analizar la pretensión de fondo articulada en la demanda y los argumentos brindados por los magistrados con la exclusiva finalidad de establecer cuál es el fuero competente. Pero una intervención con este alcance, claro está, en modo alguno puede implicar un pronunciamiento por parte de este estrado respecto de otras cuestiones vinculadas, por ejemplo, a determinar si el pedido formulado en estas actuaciones constituye un caso, causa o controversia judicial (conf. art. 106, CCBA)" que deba ser atendido por los magistrados a los que se les asigne la competencia [conf. voto conjunto del doctor Luis F. Lozano y el suscripto *in re*: "Almeida, Marcelo y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/conflicto de competencia", expte. nº 4756/06, resolución del 14/7/2006]. En aquella oportunidad también se sostuvo que "(e)l proceso de amparo, como cauce procesal que brinda soporte a la intervención judicial, no escapa a la necesidad de que el planteo formulado por esa vía configure un caso, la regla que impone su existencia procede, al igual que el amparo, de la propia constitución (arts. 106 y 14, CCBA)".

Así lo voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Adhiero al voto de mi colega José O. Casás y, tal como allí se propicia, la competencia para intervenir en autos debe ser atribuida al fuero Contencioso Administrativo y Tributario.

2. El modo en que se resuelve, sin embargo, impone señalar que no son las previsiones de la nueva ley de amparo las que determinan la solución a la que aquí

se arriba, como postulan el señor Fiscal General y el magistrado del fuero Contravencional y de Faltas. En efecto, nada permite suponer que modificar la asignación de competencia atribuida por la normativa específica, a los fueros que integran la judicatura en la ciudad, sea la finalidad perseguida por el art. 7º de la ley 2145. En tal contexto, la regla según la cual corresponde al fuero CAyT el conocimiento de los amparos dirigidos contra autoridades públicas, debe ser —bien entendida— referida a las autoridades públicas en ejercicio de las funciones cuyo control judicial prevé la ley 189 (ver mi voto en "Mercado Romero, Heriberto Román c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA] s/conflicto de competencia", expte. nº 5506/07 SAO, resolución del 25/10/2007). Al igual que el CCAyT, la ley de amparo, optó por definir el ámbito de actuación del fuero CAyT con un criterio subjetivo. Derivar otras conclusiones a partir de esa elección carece de respaldo y, al mismo tiempo, tiene aptitud para generar interferencias entre los procesos que tramitan en los fueros que involucra esta contienda.

En efecto, el criterio hermenéutico propuesto, preserva al sistema de padecer, y en realidad auto generar, una desaconsejable situación, como la que se verificaría al interpretar que la ley 2145 concede la garantía de litigar ante el fuero CAyT, por el simple expediente de elegir la vía del amparo y nombrar una autoridad pública, incluso para lograr decisiones en materia contravencional, y aun cuando ellas vinieran a interferir con los procesos en curso ante ese fuero.

Por otra parte, también desbordaría los límites de una interpretación válida del art. 7º, aquella que asumiera que la mención de autoridades públicas, formulada por la norma en cuestión, borra el deber de analizar la aptitud que, para estar en juicio, exige la normativa pertinente. Empero, será el juez competente a quien corresponda, según fue dicho en el punto 2 del voto del doctor Casás al que adherí, analizar si la pretensión esgrimida constituye una causa así como, para lo pertinente, expedirse en relación con la legitimación pasiva de los sujetos a los que se pretende demandar.

En este campo, restaría aclarar que el veto dispuesto por el dec. 2018/06, en relación con el art. 2º *in fine* de la ley 2145 —precepto según el cual "La acción de amparo no será admisible cuando el acto impugnado emane de un órgano del Poder Judicial"—, no buscó, según lo expresan los fundamentos del citado veto, admitido en definitiva por la Legislatura, habilitar el control de decisiones jurisdiccionales del Poder Judicial por vía de amparo, sino que por el contrario, procuró asegurar tutela en relación con la actividad materialmente administrativa de esa rama de gobierno. El decreto mencionado, para lo que ahora importa, dice: "en el último párrafo de su art. 2º se restringe la posibilidad de impetrar la acción de amparo: '*...cuando el acto impugnado emane de un órgano del Poder Judicial*' // Que en función de tal precepto, no sólo los actos del Poder Judicial en ejercicio de su función jurisdiccional están exentos de control por el amparo, sino también los que dicte en ejercicio de la función administrativa, restringiéndose indebidamente la amplitud de la mentada norma constitucional".

3. Finalmente, cabe señalar que el planteo de autos no involucra una actuación concreta de un fiscal contravencional. En el supuesto de que una actividad tal hubiera

sido desplegada, su control en sede judicial correspondería, según reglas aplicables (ley 7, art. 49), al fuero contravencional. Ello así porque la actuación de los fiscales consiste en realizar actos preparatorios del proceso o formular peticiones e intervenir en el debate ante el juez que lo conduce. Naturalmente, si con ella pudieran generar alguna lesión de aquellas contra las que protege el art. 14 de la CCBA, nadie estaría en mejores condiciones que el juez contravencional competente en la investigación de las conductas reprochadas para expedirse en relación con la actuación del fiscal dentro del alcance propio de la función que a ese juez concierne como autoridad del proceso contravencional; y esto es lo que el derecho aplicable interpretado en su contexto y sin apartarse de su espíritu manda, sin que la vía del art. 14 citado sea necesariamente la más idónea, condición que dicho precepto pone como recaudo a la que instaura. Es la aplicación de estas reglas lo que impondría atribuir intervención al juez contravencional y no, en cambio, la posibilidad de calificar la actuación de los fiscales contravencionales como ejercicio de función materialmente jurisdiccional lo que aún en el marco de la CCBA, que ubica al Ministerio Público dentro del Poder Judicial, encuentro no puede ser sostenido.

En consecuencia, por las razones dadas y oído el señor Fiscal General, voto por atribuir la competencia para intervenir en estas actuaciones al Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nº 5.

La jueza Ana María Conde dijo:

Adhiero al voto de la jueza de trámite, Alicia E. C. Ruiz, y comparto los argumentos expuestos en el punto 2 del voto de mi colega José O. Casás.

Por ello, y oído lo dictaminado por el Fiscal General,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* la competencia del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nº 5 para intervenir en este expediente.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique al señor Fiscal General, se ponga en conocimiento de del Juzgado de Primera Instancia en lo Contravencional y Faltas Nº 31 y se remita el expediente al juzgado declarado competente.

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

En similar sentido se resolvió en las causas 5670/07 "Luna, María Beatriz c/Fiscalía en lo Contravencional y de Faltas Nº 10 y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/conflicto de competencia", también del 13/2/2007; y nº 5610/07 "Freytes, María Graciela c/Fiscalía en lo Contravencional y de Faltas Nº 10 y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/conflicto de competencia", del 20/2/2008.

IV

"ÁVILA, VICENTA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'ÁVILA, VICENTA C/GCBA S/DAÑOS Y PERJUICIOS (EXCEPTO RESP. MÉDICA)'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Requisitos. Acordada 4/07, CSJN. Interpretación de normas procesales. CADUCIDAD DE INSTANCIA: Sentencia equiparable a definitiva. Arbitrariedad de sentencia.

SUMARIOS:

1. Debe rechazarse el recurso extraordinario federal cuando las cuestiones que se pretenden someter a decisión de la Corte se vinculan a la interpretación y aplicación de normas procesales, y el fallo impugnado posee fundamentos suficientes que lo ponen a salvo de la tacha de arbitrariedad. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

2. Corresponde a la actora la carga de justificar por qué razón la sentencia que decreta la caducidad de instancia debe ser equiparada a una decisión definitiva, requisito éste exigible de acuerdo con la regulación local del recurso de inconstitucionalidad, cuya constitucionalidad no fue cuestionada. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

3. Reconocido por la actora que su actuación en el juicio ocurrió luego de vencido el plazo legal establecido, sus agravios no señalan defecto alguno en la sentencia recurrida que pueda justificar la intervención del Corte Suprema de Justicia de la Nación. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

4. No es eficaz la invocada violación de garantías constitucionales cuando el perjuicio sufrido deriva de la propia conducta discrecional del recurrente. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

5. El recurso extraordinario federal no cumple con las prescripciones establecidas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su Acordada 4/07, al omitir, entre otros aspectos, la transcripción de las normas jurídicas citadas que no están publicadas en el Boletín Oficial de la República Argentina y tampoco indicar su período de vigencia con lo que queda insatisfecho el recaudo previsto en su art. 8º. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 5328/07 - 13/2/2008

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

La señora Vicenta Hipólita Ávila interpuso recurso extraordinario federal (fs. 154/163) contra la resolución de fecha 24/10/2007 (fs. 143/148) por la que el Tribunal rechazara el recurso de queja que ella planteara.

El recurso fue contestado por la Procuración General de la Ciudad, que solicita su rechazo (fs. 167/171).

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO 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. A diferencia del planteo efectuado al fundar el recurso de apelación —en el que negaba que hubiese operado el plazo de caducidad de la instancia, ver fs. 84/85—, la parte actora admite en el recurso extraordinario federal que el plazo de perención de la instancia se cumplió (fs. 155 vta./156) y que su actuación con eficacia para impulsar el proceso fue practicada 14 días después de vencido el término legal (6 meses). Afirma, también, que como consecuencia de la caducidad ha operado la prescripción de la acción resarcitoria intentada por ella en el proceso, lo que permite equiparar la sentencia a una decisión definitiva a los fines del recurso intentado (fs. 154 vta./155).

A partir de esos datos, la actora cuestiona la sentencia del Tribunal que rechazó el recurso de queja que ella planteara. Afirma que se trata de una sentencia arbitraria y que tal defecto lesiona su derecho de defensa y la garantía del debido proceso, ambos de rango constitucional.

3. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha afirmado que las resoluciones de los superiores tribunales de provincia por las cuales deciden acerca de los recursos extraordinarios de carácter local que se interponen ante ellos no son, por principio, revisables en esta instancia extraordinaria (*Fallos,* 302:1134; 308:1253; 311:519 y 926); y que la tacha de arbitrariedad a su respecto es de aplicación particularmente restringida (*Fallos,* 302:418; 305:515; 306:501; 307:1100; 313:493; entre otros).

Esa doctrina resulta aplicable al *sub lite* en tanto las cuestiones que se pretende someter a decisión de la Corte se vinculan a la interpretación y aplicación de normas procesales, y el fallo impugnado posee fundamentos suficientes que lo ponen a salvo de la tacha de arbitrariedad. Ello es así por cuanto el Tribunal denegó el recurso de queja fundado en que la actora no satisfizo la carga de justificar por qué razón la sentencia que decreta la caducidad de instancia debía ser equiparada a una decisión definitiva, de acuerdo con las circunstancias —requisito éste exigible de acuerdo con la regulación local del recurso de inconstitucionalidad, cuya constitucionalidad no fue cuestionada.

4. Además, reconocido por la actora que su actuación en el juicio ocurrió luego de vencido el plazo legal establecido, los agravios no señalan defecto alguno en la sentencia recurrida que pueda justificar la intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Es claro que para resolver el recurso el Alto Tribunal no debería efectuar consideración constitucional o de derecho federal alguna, sino sólo valorar los hechos, la actuación de la parte e interpretar el sentido y alcance de una norma infraconstitucional procesal local (el art. 260, CCAyT), cuya constitucionalidad tampoco ha sido puesta en cuestión en el proceso.

En este sentido, debe recordarse que la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado en reiteradas oportunidades que "(n)o es eficaz la invocada violación de garantías constitucionales cuando el perjuicio sufrido deriva de la propia conducta discrecional del recurrente *(*doctrina de *Fallos,* 267:64; 297:27; 308: 540; 310:884), como ocurre en el caso.

5. Por tales razones, el recurso debe ser denegado. Las costas se imponen a la vencida, por aplicación del principio objetivo de la derrota y por no mediar, en esta ocasión, circunstancias que justifiquen apartarse de él (art. 68, CPCCN).

La jueza Ana María Conde dijo:

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

El juez Julio B. J. Maier dijo:

Entiendo que el recurso no pone en juego cuestión federal alguna. Aparte de la mención de la *arbitrariedad* de nuestra sentencia en sentido absolutamente vulgar —algo así como agravio o perjuicio que le provoca la decisión del caso—, motivo sobre el cual basta y sobra aquello que expresé en el punto 4 de mi voto en la sentencia impugnada, se trata de la impugnación de una ley procesal, por ende, local, y aún más, que no se compadece con la confusión del recurrente acerca de haber dejado vencer el plazo de caducidad, como lo expresa el señor Juez de trámite. Si no está interesada cuestión federal alguna, el recurso es inadmisible. Las costas deben ser soportadas por el recurrente, según la explicación del señor Juez de trámite, a la que adhiero.

El juez José O. Casás dijo:

Comparto los fundamentos desarrollados por el señor juez de trámite, doctor Luis F. Lozano, en tanto expresan acabadamente los motivos por los cuales corresponde denegar el recurso extraordinario federal interpuesto por la parte actora, con costas (art. 68, CPCCN). Sólo destaco que, ya en oportunidad de expedirme sobre la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado obrante a fs. 129/133, entendí que la recurrente se hacía cargo de que efectivamente había transcurrido el plazo de caducidad —v. punto 2, tercer párrafo, de mi voto en el pronunciamiento obrante a fs. 143/148.

Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

El recurso extraordinario federal interpuesto por la actora no cumple con las prescripciones establecidas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su Acordada 4/07.

En efecto, el recurrente omite transcribir las normas jurídicas citadas que no están publicadas en el *Boletín Oficial de la República Argentina* y tampoco indica su período de vigencia con lo que queda insatisfecho el recaudo previsto en el art. 8º de la Acordada: el recurso cita a la ley 402, específicamente su art. 27; también menciona con la misma imprecisión el art. 260 del CCAyT.

En atención a que el art. 11 de la Acordada 4/07 dispone que basta la insatisfacción de "alguno o algunos de los recaudos en la interposición del recurso extraordinario federal" o su cumplimiento deficiente para que aquél sea considerado inoficioso, entiendo que la presente impugnación se ubica en éste supuesto.

Por lo tanto, voto por declarar inoficioso el recurso federal intentado.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal interpuesto por Vicenta Hipólita Ávila, con costas.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva como está ordenado a fs. 148.

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

V

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA OFICIAL EN LO CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS Nº 1— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'PINTOS, CÉSAR AUGUSTO S/INF. ART. 111, CC (LEY 1472)'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Cuestión federal. Interpretación de normas infraconstitucionales. Derecho común. SUSPENSIÓN DEL JUICIO A PRUEBA: Resolución equiparable a sentencia definitiva. Garantía de la doble instancia. DERECHO CONTRAVENCIONAL: Aplicación de los principios del derecho penal. Arbitrariedad de sentencia.

SUMARIOS:

1. No puede admitirse el recurso extraordinario federal si el tribunal *a quo* no rechazó la posibilidad de revisar la decisión denegatoria de la suspensión del

proceso a prueba *per se*, sino que exigió, sobre la base de una interpretación de las normas procesales aplicables, que el interesado manifestara en tiempo y modo su intención de impugnar aquella decisión, exigencia básica, que de manera alguna confronta con un derecho de raigambre constitucional y mucho menos federal. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

2. No puede admitirse la vinculación de la suspensión del proceso a prueba en materia penal (art. 76 *bis* del C.P.) con las previsiones de la ley contravencional local (art. 45, ley 1472) pues existen serias diferencias entre ambas regulaciones, y la pretensión de equipararlas *a priori* y sin un fundamento normativo o constitucional válido —o uno mínimamente convincente—, no satisface la adecuada argumentación que se exige para un recurso extraordinario. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

3. El derecho contravencional de cada jurisdicción local no es derecho penal, ni a él deben aplicársele "todas" las "garantías mínimas" internacionalmente establecidas y/o exigidas para el derecho penal, pues de lo contrario se podrían avasallar las competencias exclusivas de cada una de las jurisdicciones locales y generar nuevos compromisos a nivel internacional; donde tales garantías no son aplicadas de idéntica manera a esta rama del derecho. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

4. La suspensión del proceso a prueba es una posibilidad; no es una obligación para los funcionarios judiciales involucrados en la petición. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

5. La arbitrariedad como motivo de recurso extraordinario federal es excepcional, pues no significa abrir una nueva instancia, sino que sólo tiene como objeto invalidar decisiones ridículas, sin fundamento racional alguno, que no aparecen como derivación razonada del derecho vigente sino, antes bien, como capricho del juzgador. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

6. Cabe admitir el recurso extraordinario federal deducido por el Defensor General pues cumple con los requisitos establecidos por la Acordada 4/07 de la CSJN y es deducido contra una decisión dictada por un tribunal de justicia, en un juicio que aborda una cuestión justiciable, actual y que causa un gravamen irreparable, además de contener un relato de los hechos relevantes de la causa y desarrollar una crítica razonada de los argumentos que fundaron la sentencia recurrida. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 5345/07 - 13/2/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El señor Defensor General interpuso recurso extraordinario federal (fs. 128/147) contra la decisión de este Tribunal del día 6/11/2007 (fs. 110/122), por medio de

la cual —por mayoría— se rechazó el recurso de queja oportunamente intentado (fs. 51/83).

Resumidamente el recurrente considera que la sentencia impugnada, al confirmar el razonamiento de la Sala II de la Cámara CyF, convalida una seria afectación del principio de legalidad, del derecho al recurso y de la doble instancia. Ello así, por cuanto, según lo afirma el defensor oficial, se habría instaurado "pretorianamente la necesidad de formular 'reserva' o 'protesta de recurrir' [durante la audiencia de debate] ante el rechazo de suspensión del juicio a prueba, pese a que la ley penal material no contiene tal exigencia" (fs. 128 vta.).

2. El señor Fiscal General entendió que correspondía denegar el recurso extraordinario federal interpuesto, porque, a su criterio, no presenta cuestión federal alguna en los términos de art. 14 de la ley 48 (fs. 149/151).

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. Comenzaré por expresar que pretender provocar la intervención del máximo Tribunal del país mediante un recurso extraordinario federal como el que en esta oportunidad corresponde examinar, importa, en mi concepto, un auténtico despropósito. Sencillamente considero que la CSJN no debe tomar conocimiento de un caso contravencional vinculado con el incumplimiento de las normas del tránsito vehicular de la Ciudad de Buenos Aires, por un lado, porque la CSJN no tiene por función corregir las supuestas injusticias que se pudieran haber suscitado en un conflicto objetivamente insignificante a la luz del universo de controversias que resuelve a diario ese alto estrado y, por el otro, porque resulta sumamente difícil dilucidar cuál es la sustancia federal o constitucional de las cuestiones planteadas por el Defensor. En efecto, como lo dictaminó el Fiscal General, esta impugnación fue interpuesta en tiempo y modo oportuno pero no expone ninguna cuestión federal (art. 14 de la ley 48), sino que, por lo contrario, sólo deja traslucir la mera disconformidad del interesado con la decisión adoptada por el Tribunal *a quo*.

La defensa supone superada su carga de fundar el recurso intentado con la exposición de un planteo teórico respecto de la posible vigencia de la garantía de la "doble instancia" en la materia que, aunque resulta interesante a los fines académicos, parece insuficiente para sustentar una presentación de esta naturaleza. En tal sentido es evidente que el Defensor General omite considerar y criticar adecuadamente la sentencia que busca impugnar, pues, en verdad, no se hace cargo de ninguno de los argumentos expuestos por la mayoría de este Tribunal Superior que, más allá de su acierto o error, dio un tratamiento exhaustivo a dicho punto con argumentos aptos para constituir la derivación razonada del derecho local vigente. Esta impugnación solamente contiene algunas alusiones genéricas al voto de mi colega el doctor Julio B. J. Maier, pero esas alusiones ni siquiera bastan para ser consideradas como un cuestionamiento serio a las razones que dio mi colega para desestimar la queja oportunamente intentada. Tampoco sirven a ese efecto las referencias al voto de la

jueza Alicia E. C. Ruiz y a su interesante posición, expuesta en minoría, en tanto la opinión de uno de los integrantes de este Tribunal —aun cuando fuera coincidente con la propuesta del defensor oficial— no releva al recurrente de la carga de exponer y fundamentar suficientemente la cuestión federal que involucra su caso.

El Defensor General no explica "por qué se encuentra comprometido el derecho invocado en un supuesto como el presente cuando, en verdad, el contraventor ha contado con la posibilidad de interponer su recurso contra la 'sentencia' definitiva (art. 50, ley 12) —es decir, la condena— y, además, cuando el asunto vinculado con el rechazo de la suspensión del proceso a prueba —solicitada como cuestión preliminar del debate— no formó parte de ella, sino que fue definitivamente resuelto en un momento anterior, momento en el cual la interesada no manifestó de forma alguna su voluntad de recurrir aquella decisión (oral)" (según mi voto) y principalmente omite exponer "cuál era la relación directa e inmediata entre esta condena y dicho rechazo, o por qué este último constituía un acto importante y recurrible del proceso, y cuál era el perjuicio concreto resultante de aquél" (también según mi voto). Por el contrario, el recurrente echó mano a varios precedentes de la CSJN (*Fallos,* 320:2451; 320:1919; *in re* "Padula" y "Menna", respectivamente) que, en su criterio, de manera simultánea darían cuenta del supuesto carácter definitivo del pronunciamiento que rechaza una suspensión del proceso a prueba y de la ilegitimidad de la negativa a revisar esa cuestión durante el trámite de una apelación ordinaria. No obstante, dichos precedentes más que darle la razón se la quitan, porque, para que quede más claro aún, la Cámara no se negó a revisar esa cuestión "sobre la base de fórmulas genéricas y abstractas, tales como la supuesta naturaleza 'irrecurrible' de la resolución" (fs. 130, extracto de *Fallos,* 320:2451, ya citado), ni estableció una regla general según la cual ninguna decisión denegatoria de este beneficio legal podría ser revisada por dicho Tribunal de alzada, sino que, antes bien, esa negativa se fundó en una interpretación razonable acerca de los límites de las cuestiones que pueden ser revisadas por vía del recurso ordinario de apelación y de los "requisitos elementales para que dicha revisión proceda (entre ellos: que la decisión no haya sido consentida y, por ende, [haya quedado] firme)". En otras palabras, el Tribunal *a quo* no rechaza la posibilidad de revisar la decisión denegatoria de la suspensión del proceso a prueba *per se*, sino que exige, sobre la base de una interpretación de las normas procesales aplicables, que el interesado manifieste en tiempo y modo su intención de impugnar aquella decisión. Esa exigencia, por cierto, básica, de manera alguna confronta con un derecho de raigambre constitucional y mucho menos federal.

Por último, los precedentes de mención tampoco resultan trasladables sin más a este caso, en tanto, aun cuando se compartiera su doctrina (sobre este punto en particular ver mi opinión *in re* "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 3— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Herrera, Juan s/art. 189 bis del C.P.'", expte. nº 4750, sent. del 20/12/2006), ellos se vinculan con la suspensión del proceso a prueba en materia penal (art. 76

bis del C.P.) y basta la lectura de la ley contravencional local (art. 45, ley 1472) para advertir que existen serias diferencias entre una y otra regulación. Pretender equipararlas *a priori* y sin un fundamento normativo o constitucional válido —o uno mínimamente convincente—, ciertamente, no satisface la adecuada argumentación que se exige para un recurso de esta naturaleza. Lo mismo puede afirmarse acerca del precedente "Caballero" (*Fallos,* 328:3928) citado por el Defensor General, para quien la CSJN habría "equiparado las garantías contempladas para el derecho penal y las ha[bría] extendido al derecho contravencional" (fs. 131), puesto que, a mi criterio, lo decidido en esa causa poca relación guarda con el supuesto que hoy nos convoca. En efecto, el alto Tribunal no se pronunció respecto del derecho al recurso o a la "doble instancia" y, en rigor de verdad, más allá del fiel convencimiento del interesado, dudosamente considero que la CSJN esté dispuesta a sostener que el derecho contravencional de cada jurisdicción local —por cierto, con particularidades en cada una de ellas— es derecho penal, o que a él deban aplicársele "todas" las "garantías mínimas" internacionalmente establecidas y/o exigidas para el derecho penal, pues en realidad una afirmación tal podría avasallar las competencias exclusivas de cada una de las jurisdicciones locales y generar nuevos compromisos a nivel internacional; ámbito en el cual, justamente, tales garantías no son aplicadas de idéntica manera a esta rama del derecho. En lo que a la jurisdicción de la Ciudad de Buenos Aires interesa, tal como lo he manifestado en esta misma causa, no existe una identidad plena entre ambas materias.

2. Por las razones brevemente expuestas voto por *denegar* el recurso extraordinario federal intentado.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Dos razones abonan el rechazo del recurso extraordinario federal. La primera ya está expresada en mi decisión sobre la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado: todo el agravio del defensor reside en la interpretación de normas de derecho común (infraconstitucional), sin alcance federal; versan ellas sobre el derecho material —la implementación del instituto de la suspensión del juicio a prueba y del valor del dictamen fiscal negativo— o bien sobre las reglas del derecho procesal relativas al procedimiento que deviene a raíz de la petición. Empero, en segundo lugar, tiene cierta razón la Cámara cuando expresa que el hoy recurrente por problemas de orden constitucional no protestó por estas razones al rechazársele la posibilidad de suspender el juicio.

Por lo demás, tal como fue expresado, la suspensión del proceso a prueba es una posibilidad; no es una obligación para los funcionarios judiciales involucrados en la petición. De ello se deduce que, rechazada la petición y desarrollado, por ello, el juicio, carece totalmente de valor práctico la queja del recurrente.

2. Sobre la *arbitrariedad*: al parecer lo arbitrario no es el fallo del TSJBA sobre la queja, sino, antes bien, la decisión de rechazo del recurso de inconstitucionalidad

expresado oportunamente por la Cámara. En este sentido, el objeto de ataque del recurso no es lícito y, recuérdese, tal rechazo fue avalado por el Tribunal.

Más allá de ello, rige la doctrina del TSJBA sobre este motivo de recurso extraordinario federal (conf. el Tribunal, *in re* "Federación Argentina de Box c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 49/99, resolución del 25/8/1999 y sus citas, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. I, pp. 282 y ss., entre otros) que aclara perfectamente que él es excepcional, que no significa abrir una nueva instancia y que sólo tiene como objeto invalidar decisiones ridículas, sin fundamento racional alguno, que no aparecen como derivación razonada del derecho vigente sino, antes bien, como capricho del juzgador. Por último, cabe reafirmar mi particular opinión sobre la inexistencia de este motivo del recurso, expresada en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Delta Corner S.A. c/GCBA (DGR) s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR'", expte. nº 1653/02, sent. del 12/2/2003, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. V, pp. 18 y ss.

3. Por las razones expuestas, voto por denegar el recurso extraordinario federal agregado a fs. 128/147.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Coincido con la jueza de trámite, doctora Ana María Conde, en que el recurso extraordinario deducido a fs. 128/147 debe ser denegado. Los agravios formulados no pueden ser encuadrados en el art. 14 de ley 48, toda vez que consisten en discrepancias acerca de fundamentos no federales que el Tribunal utilizó para rechazar una queja. En tales condiciones, las razones federales invocadas —principio de legalidad (art. 18 de la C.N.) y derecho al recurso (arts. 8.2h de la CADH y 14.5 del PIDCyP)— carecen de relación directa con lo resuelto.

Por lo demás, como bien señala el doctor Maier en su voto, la decisión que resulta arbitraria, a criterio de la defensa, no es la de este Tribunal de fecha 6/11/2007, sino la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad a que arribó oportunamente la Cámara, situación que convierte en insustancial el planteo.

El juez José O. Casás dijo:

1. El recurso extraordinario federal interpuesto por el señor Defensor General de esta Ciudad cumple con los requisitos extrínsecos de tiempo y forma exigidos por el art. 257, CPCCN. No obstante, tal como lo propicia la señora jueza de trámite, doctora Ana María Conde, la vía recursiva intentada debe ser denegada.

2. Respecto de las diversas cuestiones planteadas por la defensa del señor Pintos durante el desarrollo de este proceso contravencional, el recurso extraordinario interpuesto a fs. 128/147 mantiene, únicamente, la discusión en torno a la supuesta vulneración, en el caso, del derecho al recurso y a la doble instancia (arts. 8.2.h, CADH y 14.5, PIDCyP). En ese sentido, insiste la defensa en afirmar que la limitación recursiva impuesta por la Cámara de Apelaciones —que se negó a revisar la denegatoria de la suspensión del juicio que la defensa solicitara unilateralmente

durante la etapa preliminar del debate— tuvo base en requisitos impuestos fuera de lo legalmente establecido.

3. Sin embargo, a pesar de las argumentaciones presentadas en el recurso extraordinario en estudio, el señor Defensor General ha omitido efectuar cualquier consideración en torno a las razones por las cuales este tribunal, por mayoría, propició el rechazo de la queja interpuesta a fs. 51/83 en razón, centralmente, de la ausencia de vinculación entre la garantía invocada y la decisión criticada en el caso (conf. sentencia de este Tribunal del día 6/11/2007, punto 2 del voto de la doctora Conde, punto 3 del voto del doctor Maier, y punto 2 de mi voto, a los que adhirió el doctor Lozano).

Por lo demás, el recurrente aborda en su presentación el contenido de *otro* principio constitucional —el de legalidad material (art. 18, C.N. y arts. 9º, CADH y 14.5, PIDCyP)— e intenta vincularlo con la decisión tomada por la Cámara que ya fue valorada por este Tribunal al resolver la queja. La apuntada vía argumentativa resulta novedosa, pues no ha sido presentada durante el transcurso del proceso ante los tribunales de mérito ni ante este Estrado —más allá de una simple referencia al "principio de legalidad, también vigente en materia procesal" (fs. 57) efectuada por la defensa oficial en la queja presentada ante este Tribunal, por cierto, desde una perspectiva muy diversa a la que ahora pretende desarrollar el señor Defensor General a fs. 136 vta./141, punto V, a—. Ella resulta, entonces, el producto de una reflexión tardía que impide de por sí su consideración por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (doctrina de *Fallos*: 327:3913, entre muchos otros).

Finalmente, el defensor incorpora bajo el título "Sentencia arbitraria" —fs. 145/147, punto V, c— un grupo de argumentaciones que se limitan a criticar la decisión de la Cámara de Apelaciones que resolvió declarar inadmisible el recurso de inconstitucionalidad interpuesto en su momento por la defensa del señor Pintos. Aquella decisión fue, lógicamente, criticada por la señora Defensora Oficial en la queja por recurso denegado presentada por ante este Tribunal, luego resuelta a través de la sentencia que el señor Defensor General pretende ahora que la Corte Suprema revise; sin embargo, el recurso extraordinario federal interpuesto omite cualquier referencia al contenido de la sentencia que aquí se recurre.

4. En definitiva, como se afirmó, el recurrente no se ha hecho cargo de los diversos motivos —expuestos en los votos de los jueces de este Tribunal— que fundaron la sentencia atacada. Corresponde, en consecuencia, denegar el recurso extraordinario federal interpuesto a fs. 128/147.

Así lo voto.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso extraordinario federal interpuesto por el señor Defensor General a fs. 128/147 es admisible.

Cumple con los requisitos establecidos por la Acordada 4/07 de la CSJN y es deducido contra una resolución 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. Por lo demás, el recurrente ha introducido válidamente con su recurso extraordinario una cuestión federal —lesión al principio de legalidad (arts. 18, C.N.; 9º, CADH; y 15, PIDCP) y del derecho al recurso y a la doble instancia (art. 8.2 h, CADH y 14.5, PIDCP)— que guarda relación directa con la resolución de la causa.

En efecto, el señor Defensor logra articular con éxito dicha cuestión al calificar como violatoria del principio de legalidad, a la imposición pretoriana de un requisito de apelación del rechazo del pedido de suspensión del juicio a prueba.

3. Por lo expuesto, voto por conceder el recurso extraordinario federal planteado por el señor Defensor General contra lo decidido en la resolución de fecha 6/11/2007.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el Fiscal General, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal agregado a fs. 128/147.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se cumpla con la remisión ordenada a fs. 122, punto 2.

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

VI

"MENDILAHATZU, DORA Y OTROS C/GCBA S/EXPROPIACIÓN INVERSA. RETROCESIÓN S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO" Y SU ACUMULADO EXPTE. Nº 5423/07 "MENDILAHATZU, DORA Y OTROS S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'MENDILAHATZU, DORA Y OTROS C/GCBA S/EXPROPIACIÓN INVERSA. RETROCESIÓN'"

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Caso constitucional. EXPROPIACIÓN INVERSA: Monto de la indemnización. Derecho de propiedad (art. 17, C.N.). Preeminencia del interés público. Justa indemnización (art. 12, inc. 5º, CCBA). Razonabilidad. Principio de igualdad. Nueva tasación del inmueble en la etapa de ejecución de sentencia.

SUMARIOS:

1. El recurso de queja debe ser rechazado si no rebate los fundamentos por los que la Cámara denegó el recurso de inconstitucionalidad en relación con la ar-

bitrariedad de la sentencia impugnada. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y Julio B. J. Maier).*

2. Mediante la expropiación, el Estado ejerce un poder jurídico conferido por la Constitución, que impone el sacrificio de un derecho que también se asienta en la norma constitucional y el conflicto que así se plantea se resuelve por la preeminencia del interés público y por el irremediable sacrificio del interés del particular, a quien la comunidad, a través del Estado, otorga una indemnización equivalente al valor del bien perdido por causa del bienestar general. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y Julio B. J. Maier).*

3. Sobre la base de la garantía de la inviolabilidad de la propiedad y de la prohibición de la confiscación, la jurisprudencia de la Corte Suprema elaboró el principio de "justa indemnización", expresamente consignado en el art. 12, inc. 5º, de la CCBA, que incluye, entre sus características, ser actual, íntegra y previa. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y Julio B. J. Maier).*

4. Con motivo de la expropiación, para que la indemnización sea justa debe restituir al sujeto pasivo el valor objetivo del bien del que se lo priva y cubrir los daños y perjuicios que sean consecuencia directa e inmediata del acto expropiatorio. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y Julio B. J. Maier).*

5. En la expropiación irregular prevista por la ley 21.499, no existiendo desposesión material del bien, se ha considerado que el valor indemnizatorio debe fijarse no a la fecha del acto que originó la limitación del derecho de propiedad, sino a la época en que, dentro del proceso judicial, se realiza la estimación de aquel valor, por ser la más cercana a la sentencia, temperamento que no puede adoptarse cuando entre la fecha de la estimación practicada por el Tribunal de Tasaciones y la de la sentencia de Cámara ha mediado un tiempo demasiado prolongado en el que se produjeron significativas modificaciones en la situación económica del país, y en particular en el mercado inmobiliario. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y Julio B. J. Maier).*

6. Si la sentencia atribuye al bien expropiado un valor que corresponde a un momento muy anterior al pago de la indemnización, y que resulta inadmisible a la luz de las previsiones de los arts. 12, inc. 5º de la CCBA y 17 de la C.N., la negativa a producir en la etapa de ejecución de sentencia una nueva tasación del inmueble debe ser descalificada ya que comporta una interpretación irrazonable de la garantía constitucional de la indemnización expropiatoria. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y Julio B. J. Maier).*

7. Si bien el procedimiento que el *a quo* le imprimió a la causa se encuentra alineado con una interpretación posible de las previsiones de la ley 21.499 y del CCAyT, no es menos cierto que la Constitución se halla por encima de ella, situación que, unida a la búsqueda de la verdad objetiva —conf. art. 29, inc. 2º del CCAyT—, impone conciliar las previsiones de uno y otro cuerpo normativo para evitar arribar a soluciones violatorias de la norma de superior rango, de modo que si el valor objetivo del bien expropiado se ve alterado con relación al que pueda imperar en el mercado a la fecha de la transferencia, es obligación de los jueces de la causa instrumentar

los mecanismos que encuentren más idóneos para salvaguardar el valor del bien en cumplimiento de la manda constitucional. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

8. Es un deber de los magistrados conciliar las previsiones de la ley 21.499, del CCAyT y de la CCBA con el fin de conciliar el momento de anudar el momento de la valuación, del pago, y de la transmisión de dominio de manera que constituyan un sistema coherente en el que la suma que recibe el propietario sea equivalente al valor de la cosa transmitida. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

9. De acuerdo con el principio de que la indemnización expropiatoria —precio de la cosa y daños— tiende a establecer un equilibrio entre la situación económica anterior y posterior del expropiado, el momento no debe ser elegido ni en detrimento ni en beneficio de ninguna de las partes, y, por lo tanto, corresponde fijar la indemnización en el momento de la desposesión de las cosa expropiada a fin de no conculcar el principio de igualdad consagrado en los arts. 11 de la CCBA y 16 de la C.N. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

10. Debe rechazarse el recurso de inconstitucionalidad si no se dan fundamentos suficientes frente a la resolución impugnada, de modo que configuren un caso constitucional, pues la discrepancia con el quantum indemnizatorio se agota en una cuestión de hecho y prueba, ajena a dicho recurso. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 5434/07- 13/2/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Dora Mendilahatzu y Carlos Alberto Tarantino promovieron ante la Justicia Nacional en lo Civil una demanda contra el GCBA (en adelante GCBA) por "expropiación irregular parcial del inmueble ubicado en Avda. Juan Bautista Alberdi 2461/63, UF. '5' de Planta Baja y 1º piso, Ciudad", ya que el inmueble se encontraba sujeto a expropiación por el ensanche de la Avda. Juan Bautista Alberdi, de conformidad con la Ordenanza Municipal 44.095/89 (fs. 10/17). Los actores expresaron que las restricciones impuestas por el Código de Planeamiento Urbano —en tanto establecen que en un predio afectado por apertura, ensanche o rectificación de vía pública se pueden realizar obras de edificación siempre que el propietario renuncie al mayor valor y al daño que eventualmente pueda causar su supresión— implican una afectación de su derecho de propiedad. Ello así, pues conllevan, en los hechos, la negativa para edificar y disminuyen notoriamente la posibilidad y el valor de venta del inmueble. Solicitaron que se condene al GCBA a expropiar el inmueble, "previo pago de la justa indemnización que en amplitud significa total resarcimiento en la pérdida del dominio", con fundamento en los art. 17 de la C.N.; art. 10 de la ley 21.499 y art. 2511 del Cód. Civil (fs. 14). En una posterior ampliación de demanda, requirieron que se ordene la expropiación total

—si ello correspondiese de acuerdo con los peritajes a practicar— e incorporaron al reclamo la indemnización por los gastos de mudanza, de adquisición de una nueva propiedad y por la línea telefónica existente en el inmueble (fs. 30).

2. El GCBA contestó la demanda, solicitó el rechazo de la acción y se opuso a algunas de las pruebas ofrecidas por la actora (fs. 33/40).

3. Radicadas la actuaciones en la justicia local, el juez de primera instancia dictó sentencia "*I.* Haciendo lugar a la acción de expropiación inversa interpuesta por Dora Mendilahatzu y Carlos Alberto Tarantino contra el GCBA respecto del inmueble de su propiedad, sito en Avda. Juan Bautista Alberdi nº 2461/63, UF nº 5, PB y 1º piso, de esta Ciudad. *II.* Ordenando a la demandada pagar a la actora dentro del término de sesenta (60) días de encontrarse firme la presente el monto de ciento treinta mil pesos ($ 130.000), el que comprende el valor de tasación del inmueble, que asciende a la suma de ciento veintidós mil pesos ($ 122.000), y la indemnización en concepto de gastos de mudanza, que se fija en la suma de dos mil pesos ($ 2.000) y de costo de adquisición de un inmueble similar, que se establece en seis mil pesos ($ 6.000). *III.* Declarando, una vez producido el pago de la indemnización ordenada precedentemente, transferido el dominio a favor de la demandada respecto del inmueble individualizado *ut supra,* a cuyo efecto se librará oficio al Registro de la Propiedad Inmueble de esta Ciudad para la toma de razón pertinente. *IV.* Imponiendo las costas a la parte demandada, con excepción de los honorarios del perito ingeniero civil designado en autos...". Además, reguló los honorarios del letrado de la parte actora y del perito ingeniero civil que intervino en la causa (fs. 514/517 vta.).

En lo que interesa a los fines de este relato, el juez consideró: *a)* que se reunían lo requisitos para la expropiación inversa; *b)* que no era posible la expropiación parcial del inmueble; *c)* que los valores indemnizatorios propuestos por el Tribunal de Tasaciones eran razonables y sobre tal base fijó la indemnización por la privación del dominio en la suma de $ 122.000; *d)* que correspondía indemnizar a los actores por los gastos de mudanza y de adquisición de una nueva propiedad en las sumas de $ 2.000 y $ 6.000 respectivamente; y *e)* que las costas debían ser soportadas por el GCBA vencido, excepto los honorarios del perito ingeniero civil, en virtud de desinterés manifestado por esa parte en la producción de la prueba.

4. La parte actora apeló la sentencia (fs. 520). También, el GCBA (fs. 528).

Solo los actores expresaron agravios en cuanto al fondo (fs. 542/562 vta.). Cuestionaron la sentencia, principalmente, en tres aspectos: *a)* en tanto decidió la expropiación total del inmueble y no en forma parcial; *b)* por la imposición de las costas correspondientes a la prueba pericial; y *c)* por el monto indemnizatorio, que consideraban debía ser determinado nuevamente ante la Cámara o en la etapa de ejecución de la sentencia, ya que la suma fijada por el *a quo* se había basado en un dictamen del Tribunal de Tasaciones del 14/1/2003, y no había tenido en cuenta los notorios incrementos en el precio de las propiedades. Sobre este punto, los actores solicitaron que se practique una nueva pericia, para respetar el principio

establecido en el art. 17, C.N. y art. 12, inc. 5º, CCBA referido a una indemnización previa y justa.

5. El GCBA contestó los agravios (fs. 569/573) y solicitó el rechazo del recurso. En cuanto ahora interesa, se opuso al pedido de apertura a prueba para fijar el valor del bien y a que se admita la documentación que acompañaran los accionantes referida al valor de los inmuebles.

6. La Sala II de la Cámara de Apelaciones del fuero, por mayoría, resolvió: "I. Confirmar la sentencia de fs.514/7 vta. en todo cuanto ha sido materia de agravio, salvo en cuanto a las costas que les fueran impuestas a la parte actora respecto de los honorarios del perito ingeniero designado en autos. Costas de la alzada en el orden causado. II. Confirmar los honorarios regulados..." (fs. 575/586 vta.).

7. Los actores interpusieron recurso de inconstitucionalidad, por el que cuestionaron que la sentencia condena al GCBA a pagar "una indemnización determinada por el Tribunal de Tasaciones de la Nación al 14/1/2003 (fs. 445 *in fine*) en base a estimaciones y ofertas de venta de inmuebles de noviembre/2002 (fs. 428) sin permitir una nueva valuación que determinara el valor real al tiempo del fallo que fuera expresamente solicitada al tiempo al expresar agravios, vulnerando así los arts. 12, inc. 5º y 17 de las leyes fundamentales..." (fs. 592/609).

8. El GCBA contestó el memorial y solicitó el rechazo del recurso (fs. 611/614).

9. La Sala resolvió: "1) Declarar parcialmente admisible el recurso de inconstitucionalidad interpuesto", salvo en cuanto a la causal de arbitrariedad. Para decidir en tal sentido sostuvo "De las constancias de la causa resulta que: *a)* Se encuentra controvertido el importe indemnizatorio en razón de la antigüedad del informe que fuera base para su determinación. *b)* El cuestionamiento de la actora se basa en juzgarlo contrario a la inteligencia que cabe asignar a lo dispuesto en el art. 17 de la C.N. y a las pautas a las cuales se deben adecuar la reglamentación y los criterios procesales aplicables en la especie. *c)* Del decisorio recurrido se desprende que en él se hizo mérito de tal tema, con una solución contraria a la postura sustentada por la quejosa. No obstante que en el fallo parte de los aspectos considerados se relacionan con cuestiones procesales, dada la naturaleza del objeto de esta causa, resulta comprendida la garantía contemplada en el citado art. 17 de la Ley Fundamental. En consecuencia, se encuentra comprendida la temática vinculada con el sentido y alcance conferido a dicho precepto, constituyendo su interpretación y aplicación al caso concreto. Más allá del acierto o procedencia de los fundamentos materiales de la actora, la comprobación objetiva descripta anteriormente, lleva a estimar la existencia de un agravio constitucional real, mediante la construcción de una cuestión de igual rango encuadrable en el supuesto contemplado en el art. 27 de la ley 402".

10. Contra la denegatoria parcial, los actores interpusieron la queja agregada a fs. 629/637 vta.

11. Requerido su dictamen, el señor Fiscal General Adjunto propició que se "declare mal concedido el recurso de inconstitucionalidad impetrado por la parte actora y se rechace la queja" (fs. 647/650).

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. La queja articulada por la parte actora, aunque interpuesta en tiempo oportuno y forma debida, debe ser rechazada pues no rebate los fundamentos por los que la Cámara denegó parcialmente el recurso de inconstitucionalidad en relación con la arbitrariedad de la sentencia denunciada por el recurrente. De tal forma, como lo propone el señor Fiscal General Adjunto en su dictamen, la falta de toda crítica en relación con los fundamentos de la denegatoria, único punto revisable por medio de la queja, torna improcedente el recurso.

2. En cuanto al recurso de inconstitucionalidad concedido por la Sala II, conviene precisar que la cuestión debatida a lo largo del proceso ha quedado ceñida en esta instancia a la existencia o no de una lesión al art. 17 de la C.N. y al art. 12, inc. 5º, de la CCBA, al confirmar la Cámara —mediante sent. del 28/2/2007— el valor de indemnización del inmueble expropiado en una suma determinada según los valores corrientes de plaza del mes de enero del año 2003.

Aunque el planteo, en principio, remite al examen de una cuestión de hecho y prueba, ajena por regla a la instancia del art. 113, inc. 3º, de la CCBA, en el auto de concesión del recurso se han señalado, correctamente, las implicancias constitucionales de lo decidido y la presencia del caso constitucional exigible para la admisibilidad del remedio intentado.

3. Para rechazar la petición de la parte actora tendiente a que se realice una nueva determinación del monto de la reparación por la privación del dominio del inmueble objeto de la expropiación, el juez Esteban Centanaro —al que adhirió el juez Eduardo Ángel Russo—, en el punto 21 de su voto, sostuvo "que el pronunciamiento cuestionado se dictó el día 27/10/2004; vale decir, mas de un año y medio después de establecidos los valores por el Tribunal de Tasaciones de la Nación (v. fs. 429/45). Ello lleva a determinar que el apelante bien pudo haber introducido y sustanciado en la instancia de grado la cuestión que ahora pretende traer, arrimando los elementos que acrediten la presunta variación en el valor venal del inmueble que esgrime. Nótese además, que la valuación del mentado tribunal es temporalmente posterior al acaecimiento de las circunstancias económicas producidas en el país a fines de diciembre del año 2001. Destacó, además que las constancias indebidamente agregadas con la expresión de agravios remiten a consideraciones genéricas de una presunta mejoría de la zona donde se encuentra el inmueble, y no respecto de las condiciones propias del bien. Tales extremos, no sólo resultaban ya de conocimiento público al tiempo de la emisión del dictamen, sino que además pudieron ser puestos a la consideración del experto en su oportunidad, pues conforme

surge de fs. 427/39 es evidente que las empresas consultadas informaron sobre la base de valores que se manejan en la zona donde se encuentra el inmueble, dadas las características propias del barrio. Por lo demás, si bien es cierto que el monto de la indemnización debe resultar apropiado a la época de la desposesión ha de entenderse que —como se da en el caso— este resulta el más cercano a la fecha del pronunciamiento, pues de adoptarse el temperamento que la reclamante propone, se dilataría permanentemente la determinación de este aspecto a las resultas de las nuevas e inagotables tareas periciales con la consiguiente demora que la sustanciación de aquellas y las posteriores impugnaciones y resoluciones conllevaría para darle fin al trámite del presente".

Por su parte, la jueza Nélida Mabel Daniele, al disentir en este punto, afirmó: "...no puedo dejar de considerar, por ser ello evidente, que la tasación fue practicada al 14/2/2003 (v. fs. 29/31), esto es en un marco en el cual el precio de las propiedades se encontraba con una marcada depresión, producto de las secuelas nocivas que todavía mantenía la profunda situación de emergencia por todos conocida. Así las cosas, si bien la actora no activó, antes del dictado del acto jurisdiccional, una nueva intervención del órgano tasador, tal extremo —a mi criterio— no obstaculiza, en tan singular estado de cosas, admitir una nueva, cuando —como ocurre en autos— otro criterio conllevaría a mermar el *quantum* indemnizatorio en un proceso expropiatorio, con la consiguiente lesión a la garantía constitucional de propiedad. (...) no se trata de reabrir una cuestión que se podría entenderse precluida, sino de sujetar, simplemente, el valor de la propiedad expropiada a la realidad del mercado, de modo de mantener inalterada la ecuanimidad en la que ha de reposar para dejar correctamente protegido el concepto de 'justa indemnización'. (...) De tal suerte, no puede admitirse que este Tribunal convalide un valor computado en una situación depresiva del mercado inmobiliario. Resulta sensato tener en consideración que, más allá de los ápices rituales, no se puede computar un quantum evidentemente desajustado a la realidad. Tratándose de una cuestión sensible, como lo es la desarrollada por el Estado cuando decide expropiar un bien, tales fundamentos rituales pierden todo fundamento y culminan, en la práctica, por alzarse en contra del propio temperamento de la Constitución, cuando ella, justamente, impone la obligación de conceder una indemnización que represente el valor real del inmueble (...) Se trata, en pocas palabras, de mantener inalterado el derecho del accionante, de manera que la sentencia mantenga su efectiva vigencia y no pierda el sentido constitucional y de justicia que la sustenta. Por lo expuesto, entiendo que por las particularidades del caso corresponde ordenar, para la etapa de ejecución de sentencia, que se practique una nueva valuación por el Tribunal de Tasaciones, quien empleando los mismos métodos de cálculos, contemporice el valor real del inmueble".

Estimo que las transcripciones efectuadas, si bien resultan extensas, son de utilidad pues permiten identificar con bastante claridad el problema traído a consideración del Tribunal.

4. Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado en numerosas oportunidades que, mediante la expropiación, el Estado ejerce un poder jurídico

conferido por la Constitución, que impone el sacrificio de un derecho que también se asienta en la norma constitucional. El conflicto que así se plantea se resuelve por la preeminencia del interés público y por el irremediable sacrificio del interés del particular. Es por ello que el art. 17 de la Constitución nacional obliga a indemnizar debidamente al expropiado. En definitiva, ese sacrificio es repartido entre toda la comunidad —que se beneficia con el objetivo de la expropiación— quien, a través del Estado, indemniza a quien pierde su bien por causa del bienestar general. De tal forma, aun cuando el titular del bien no puede oponerse —en principio— a la declaración de utilidad pública, sí tiene derecho a que su patrimonio no sea gravado más allá de lo que consienta la igualdad ante las cargas públicas (*Fallos,* 268:112 y 318:445; entre otros).

Sobre la base de la garantía de la inviolabilidad de la propiedad y de la prohibición de la confiscación, la jurisprudencia del Alto Tribunal elaboró el principio de "justa indemnización" —calificativo que, cabe acotar, está expresamente consignado en el art. 12, inc. 5º, de la CCBA— que incluye, entre sus características, ser *actual, íntegra* y *previa* (*Fallos,* 268:112; 301:1205; 302:529; 304:782, 318:445, entre muchos otros).

Para que sea *justa*, la indemnización debe restituir al sujeto pasivo el valor objetivo del bien del que se lo priva y cubrir los daños y perjuicios que sean consecuencia directa e inmediata del acto expropiatorio (*Fallos,* 268:112 y 318:445, ya citados).

Desde la doctrina, el académico Miguel S. Marienhoff también ha destacado, en lo que ahora interesa, que, para dar cumplimiento a la regla constitucional de la *justa indemnización* debe adoptarse un sistema que refleje el costo de "reproducción" o de "reposición" del bien expropiado, es decir, "lo que habría que invertir para obtener actualmente un bien igual al de que se trata, y ponerlo en funcionamiento", debiendo restarse a ese valor, si fuere pertinente, el correspondiente a la depreciación si el bien fuera susceptible de ella (v. *Tratado de Derecho Administrativo*, 6ª ed. actualiz., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, t. IV, p. 270). A continuación, el destacado autor ha explicado que, si bien con relación al *momento preciso* en que corresponde fijar o establecer el apuntado valor indemnizable existen distintos criterios: el de la "desposesión" (adoptado por el art. 20 de la ley nacional 21.499), el del "pago" definitivo, el de la "sentencia" definitiva o incluso aquel en que se dispone y se lleva a cabo la expropiación, puede afirmarse que todos ellos quedan comprendidos por el aludido concepto de *costo de reposición* o *de reproducción*, "máxime si entre esos momentos no mediare mayor transcurso de tiempo" (ob. cit., p. 274).

Con relación al supuesto de la expropiación irregular prevista por la ley 21.499 (aplicable al caso), no existiendo desposesión material del bien, según Marienhoff, con prudente juicio se ha considerado que el valor indemnizatorio debe fijarse no a la fecha del acto que originó la limitación del derecho de propiedad, sino a la época en que, dentro del proceso judicial, se realiza la estimación de aquel valor

(vgr. dictamen del Tribunal de Tasaciones), por ser tal estimación la más cercana a la sentencia (ob. cit., p. 277).

5. De conformidad con la posición que se ha delineado, el Tribunal cimero descalificó una decisión judicial que había desestimado el pedido de modificar la pauta indexatoria fijada o, en su defecto, la remisión de las actuaciones al Tribunal de Tasaciones de la Nación, a fin de lograr que la actualización del monto de condena permitiera adquirir un bien de iguales características que el expropiado (*Fallos,* 317:377). En el mismo fallo, dictado encontrándose ya vigente la Ley de Convertibilidad, se dejó señalado que "si bien no corresponde tomar en consideración exclusivamente como pauta de ajuste la pretendida por la actora —cotización de la divisa norteamericana—, no se puede ignorar que en los hechos el mercado inmobiliario, especialmente en épocas de fuerte inflación, expresa los montos negociados en dólares" (considerando 5º).

En otra sentencia, la Corte advirtió que si bien los índices publicados por el INDEC pueden ser utilizados a fin de obtener un resultado que se acerque, en la mayor medida posible, a una realidad económica dada, cuando ella determina resultados injustos o incluso absurdos frente a la realidad, ésta debe privar sobre abstractas y genéricas fórmulas matemáticas (*Fallos,* 315:992).

6. Tengo para mí que las directrices reseñadas en los puntos precedentes, orientadas a brindar efectiva tutela al derecho de propiedad garantizado constitucionalmente, deben ser tenidas en consideración en el presente caso, a la luz de las especiales particularidades que el mismo presenta —tasación del inmueble producida por el Tribunal de Tasaciones al 14/1/2003 (fs. 443/445); sentencia de primera instancia del 27/10/2004 (fs. 514/517 vta.) y sentencia de Cámara del 28/2/2007 (fs. 575/586 vta.).

No debe pasar desapercibido que la acción judicial de expropiación y la denominada expropiación irregular se han diseñado como procesos breves (ver, por ejemplo, idea que surge del art. 19 de la ley 21.499 que estableció en su momento que el proceso judicial tramitara como juicio sumario, así como el régimen de la ley de expropiaciones 238 vigente en la Ciudad desde el año 1999, que prevé el traslado de la acción por el término de 10 días, la apertura de la causa a prueba por 30 días, plazo para alegar de 5 días y para dictar sentencia de 30 días, conf. art. 14).

Por ello creo que, a partir del perfil que se le ha dado tradicionalmente al proceso judicial de expropiación, resulta atinado que el valor del objeto expropiado se determine a partir de la estimación más cercana a la sentencia que quede firme.

Sin embargo, considero que adoptar tal temperamento, al menos en el presente caso, no resulta razonable, pues la fecha de la sentencia de la Cámara se ha alejado en demasía de aquella estimación del Tribunal de Tasaciones efectuada a valores del mes/1/2003 —sobre todo si además se tiene en cuenta la situación del mercado inmobiliario en aquel momento—. Cabe agregar, a todo evento, que la descripta es una situación que reputo excepcional.

Por último, estimo oportuno recordar que, en palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa: "Claudia Graciela Saguir y Dib" (*Fallos,* 302:1284), no debe prescindirse de las consecuencias que naturalmente derivan de todo fallo, ya que son éstas uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y su congruencia con el sistema en que está engarzada la norma, desde que la misión judicial no se agota con la remisión a la letra de la ley, toda vez que los jueces, en cuanto servidores del derecho y para la realización de la justicia no pueden prescindir de la *ratio legis* o del espíritu de la norma.

Es cierto que el tiempo que transcurre entre la producción de las diligencias probatorias (tasación) que permiten determinar el valor de un bien en la plaza y la sentencia puede, en ciertos casos, conllevar un desajuste entre la valuación y el valor actual. Cuando se permite la corrección del desajuste mediante índices de actualización (v. gr. art. 20, ley 21.499) y ellos reflejan en forma razonable el nuevo valor del bien expropiado, se salva la exigencia constitucional. Mas cuando, como en el caso, se presenta una situación excepcional, dado que entre el momento en que se fijaron los montos tenidos en cuenta para efectuar la tasación (enero de 2003) y la fecha de dictado del fallo de segunda instancia (febrero de 2007) han transcurrido más de 4 años, lapso en el que, como se dijo, se produjeron significativas modificaciones en la situación económica general del país y, en particular, en el mercado inmobiliario —que son de público y notorio conocimiento y sobre las que los actores pretendieron ilustrar al tribunal *a quo*—. De allí que la negativa a producir en la etapa de ejecución una nueva tasación del inmueble debe ser descalificada, por comportar una interpretación irrazonable de la garantía constitucional de la indemnización expropiatoria.

En esta materia, la regulación que efectúa el art. 17 de la C.N. privilegia la potestad del Estado para servir al bienestar público y el derecho de propiedad del sujeto expropiado con el fin de evitar que el ejercicio de dicha atribución se convierta en despojo.

7. Comparto, entonces, el criterio que postula la necesidad de practicar, en la etapa de ejecución de sentencia, una nueva valuación del inmueble propiedad de los actores.

8. Por las razones expuestas, corresponde: *a)* rechazar la queja planteada por Dora Mendilahatzu y Carlos Alberto Tarantino y dar por perdido el depósito efectuado; *b)* hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad oportunamente concedido, revocar la sentencia apelada en cuanto fue materia de agravios, y disponer que, a los fines de la condena impuesta al GCBA, el valor del inmueble objeto de este juicio de expropiación irregular sea establecido en la etapa de ejecución de sentencia, previa realización de una nueva valuación; y *c)* imponer las costas a la parte vencida (art. 62, primer párrafo, CCAyT).

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

Adhiero al voto de mi colega, el juez José O. Casás.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Me adhiero al voto del señor juez instructor. En tanto la sentencia recurrida confirma la de primera instancia que fija la reparación en una suma líquida, no ha contemplado la razón de ser de la reparación por retrocesión, esto es, que aquélla debe consistir en un valor idéntico a la fecha de su efectivo pago o, mejor dicho, a la fecha en que la administración libere la suma de la indemnización a disposición del expropiado. No existe duda en que la fijación del momento en el cual debe verificarse que la indemnización es equivalente a lo expropiado interesa al derecho de propiedad (arts. 17, C.N. y 12, inc. 5º de la CABA). Ya la disidencia de la doctora Daniele, en la sentencia de Cámara, traslucía ese extremo correctamente. Finalmente cabe confirmar el régimen de costas impuesto en la sentencia recurrida.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Con relación a la queja adhiero al punto 1 del voto del juez de trámite doctor José O. Casás.

2. Concuerdo, a su vez, con el doctor Casás en que el recurso de inconstitucionalidad ha sido bien concedido. Ello así, toda vez que la alegación de que la desvinculación palmaria entre el momento tomado para la fijación del monto indemnizatorio determinado en el caso y el del efectivo pago y transmisión del dominio importaría desconocer manifiestamente lo que disponen los arts. 12, inc. 5º, de la CCBA y 17 de la C.N., remite a la interpretación de normas constitucionales.

3. Los recurrentes sostienen que el *a quo* vino, sobre la base de una ritual aplicación de la ley adjetiva, a convalidar los valores del bien expropiado que la sentencia de primera instancia fijó con referencia a fechas inadmisibles a la luz de las previsiones contenidas en el art. 12, inc. 5º, de la CCBA y 17 de la C.N. por ser muy anteriores al aún no ocurrido pago del bien. En este orden de ideas, expresan que "...en la sentencia se dispone la 'venta forzosa' (...) de un inmueble que fuera tasado al 14/1/2003 en la suma de $ 122.000,00 pese a que (...) percibirán esa cantidad recién a fines de 2007..." (fs. 602 vta.), lo cual no resulta razonable en tanto importaría privarlos de la posibilidad de adquirir una vivienda de similares características a la expropiada con ese dinero (fs. 603). Relatan que poseen en la actualidad un inmueble de 110,65 m2 y la mencionada tasación supondría asignarle un valor de, aproximadamente, unos 355 dólares el metro cuadrado precio que, a su juicio, no refleja los valores actuales de las propiedades en el barrio de Flores. Estiman que el valor actual de las propiedades en esa zona de la Ciudad ronda entre los 750 y los 850 dólares el metro cuadrado —estimación que sustentan en notas periodísticas del diario la Nación, las que si bien afirman, se refieren a los valores que imperan en el barrio y no específicamente al de su propiedad, constituyen indicios suficientes para la realización de una nueva valuación— (fs. 602).

Agregan, a su vez, que el valor del inmueble debió fijarse al tiempo de la sentencia ejecutoriada (fs. 604).

4. El art. 12, inc. 5º, de la CCBA dispone que la privación del dominio a que se refiere debe ser "...previamente indemnizada en su justo valor". Ello supone, obviamente que la pérdida del dominio a favor del estado expropiante debe ser precedida por el pago. A su vez, el pago debe satisfacer el "justo valor". Elimino aquí lo relativo a la reparación de daños distintos del valor del bien pues no están en disputa. El valor de un bien sólo puede ser concebido en relación a un lugar y a un momento ciertos. El lugar, en el caso de los inmuebles, no ofrece discusión. El momento de la valuación tiene necesariamente que ser el del pago, puesto que cualquier diferencia entre uno y otro supondría la posibilidad de que el importe no correspondiera al justo valor. Esa previsión no resulta novedosa. Sigue la lógica que reviste a toda compraventa donde las partes ajustan el precio a las condiciones espaciotemporales que rijan al momento en que se ejecute la operación. No sería lógico pensar que un precio puede ser fijado sin tener en cuenta dichas pautas, puesto que configuran la única forma de reflejar de manera adecuada cuánto representa el bien que será objeto de la operación en valores reales de plaza. En este orden de ideas, la CSJN tiene dicho al respecto que "...el criterio de la objetividad adoptado por la ley 13.264 para la determinación del justiprecio que excluye la apreciación subjetiva, permite, a los efectos de su razonabilidad, ajustarlo en cada caso, no solamente a las cualidades intrínsecas de la cosa expropiada, sino también a las circunstancias de lugar y tiempo; y si, en principio, se estima el valor objetivo equivalente al valor en plaza y al contado, es porque se tiene en cuenta el libre juego de la oferta y la demanda (Stanley L. Ma. Michael: *Tratado de tasación,* trad. esp., 1949, 429 y ss.)" (*Fallos,* 237:38).

5. Ciertamente, los procedimientos judiciales destinados a dirimir controversias acerca del justo valor difícilmente puedan asegurar que las diligencias probatorias sobre cuya base se apoye la sentencia, ésta misma y, finalmente, el pago sean llevadas a cabo en un mismo instante, al cual debería, además, estar referida la valuación materia de la prueba. Pero, estas dificultades de la organización de los procedimientos no justifican desconocer el contenido de la garantía tal como busca fijarlo el art. 12, inc. 5º, citado.

Una vez emitido el pronunciamiento judicial firme, va de suyo que no cabe reponer el debate acerca de lo que ya ha sido considerado y resuelto. Pero, no es éste el caso planteado por los recurrentes. Por el contrario, invocan que en el extenso período que corre entre el momento al que se refiere la valuación —dictamen del Tribunal de Tasaciones de la Nación de fecha 14/1/2003— y el muy posterior en que podría llegar a operarse un pago aún pendiente se ha producido una modificación del valor del inmueble tal que el importe de aquella tasación ya no constituye ni un pálido reflejo del justo valor al tiempo de la reparación. De allí se sigue que el eventual pago no permitirá a los recurrentes adquirir un bien similar.

6. En tales condiciones, si bien es cierto que el procedimiento que el *a quo* le imprimió a la causa se encuentra alineado con una interpretación posible de las previsiones de la ley 21.499 y del CCAyT, no lo es menos que la Constitución se

halla por encima de ella, situación que, unida a la búsqueda de la verdad objetiva —conf. art. 29, inc. 2º del CCAyT—, impone conciliar las previsiones de uno y otro cuerpo normativo para evitar arribar a soluciones violatorias de la norma de superior rango. Consecuentemente, de resultar manifiesto que el valor objetivo del bien expropiado se verá alterado con relación al que pueda imperar en el mercado a la fecha de la transferencia, es obligación de los jueces de la causa instrumentar los mecanismos que encuentren más idóneos para salvaguardar el valor del bien en cumplimiento de la manda constitucional recordada en el párrafo que antecede. Dichos valores dependerán de las situaciones particulares de cada caso concreto (v. gr. duración del proceso judicial, lapso transcurrido entre la tasación, momento en que se sucede la transferencia de dominio, evolución de la plaza en los períodos considerados). En otras palabras, constituye un deber de los magistrados apartarse de ápices procesales a fin de anudar pago, transmisión del dominio y momento de la valuación de manera que constituyan un sistema coherente en el cual el pago constituya el equivalente de la propiedad transmitida.

En el caso, los recurrentes han arrimado razones relevantes para prever que el valor objetivo del bien no va a quedar resguardado a la fecha en que opere la transferencia del dominio, razones que fueron desestimadas por el *a quo* con bases que no constituyen un tratamiento adecuado a la luz de las reglas expuestas en el párrafo que antecede. En efecto, el juez de grado condenó el 27/10/2004 al GCBA a pagar dentro de los 60 días de *encontrarse firme la sentencia* la suma de $ 130.000 —en base a una tasación del Tribunal de Tasaciones de la Nación que data del 14/1/2003, confeccionada, a su vez, con datos del mes de noviembre de 2002—. A su turno, la Sala II de la Cámara Contencioso Tributario de la CABA, el 28/2/2007, confirmó la sentencia de primera instancia manteniendo de este modo dicha valuación. Para así decidir, en lo que ahora importa, sostuvo que, dado el plazo de más de un año y medio que transcurrió entre la tasación y la sentencia de primera instancia, los recurrentes habrían podido introducir, al juez de primera instancia, el planteo relativo a la revalorización del inmueble y acercarle los elementos de los que se pretendían valer ante esa instancia, lo que impedía tratarlos como hechos nuevos en la alzada. Completó su razonamiento afirmando que "...si bien es cierto que el monto de la indemnización debe resultar apropiado a la época de la desposesión ha de entenderse que —como se da en el caso— este resulta el más cercano a la fecha del pronunciamiento, pues de adoptarse el temperamento que la reclamante propone, se dilataría permanentemente la determinación de este aspecto a las resulta de las nuevas e inagotables tareas periciales con la consiguiente demora que la sustanciación de aquellas y las posteriores impugnaciones y resoluciones conllevaría para darle fin al trámite del presente" (fs. 584/584 vta.). En este orden de ideas, si bien los argumentos transcriptos resultan de índole procesal y por ende, ajenos, como principio, a la revisión de este Tribunal, corresponde hacer excepción a dicha regla en las ocasiones en que los argumentos suministrados constituyen tan sólo una razón aparente no susceptible de prestar sustento a lo resuelto. Ello ocurre cuando, como en el caso, se invoca una supuesta oportunidad de introducir la cuestión pero

no se identifica cuál fue el momento en que el incremento de precios tuvo lugar ni en que oportunidad conocieron o debieron conocer los expropiados cuál era la evolución del mercado. Ello habría sido particularmente exigible cuando estamos frente a la invocación de una pérdida de la magnitud que aducen los actores. Para decirlo sintéticamente, los actores sostienen que la compensación que recibirían es casi dos tercios menor que la que correspondería a una valuación actual, esto es, a una fecha más próxima a aquella en que recibirían esa indemnización. Nada indica que el incremento de valores haya sido anterior o posterior a la sentencia de primera instancia y menos aún que haya podido ser conocido antes de que el llamado de autos para sentencia en dicha instancia quedara firme. El argumento de la Cámara según el cual el inmueble se revalorizó con anterioridad a que se agotara la oportunidad de invocar el hecho nuevo en primera instancia y que ese hecho era conocido por los recurrentes, esto es, que habría precluido para ellos la posibilidad de ejercer la facultad que le acuerda los art. 231, inc. 4º, del CCAyT, no es apto para sustentar lo resuelto si no dio fundamento alguno para asumir esas hipótesis. No bastaba al efecto constatar que había pasado un plazo prolongado entre la valuación y el dictado de la sentencia, sin acreditar que la revaporización hubiera tenido lugar en ese lapso. Por lo demás, aun cuando puede ser cierta la afirmación relativa a que el proceso sufriría dilaciones de realizarse un nuevo peritaje, no lo es menos que el pago del precio con la consiguiente transferencia del dominio tendrá lugar cuando la sentencia se halle firme, esto es, con bastante posterioridad al dictado de la sentencia de Cámara y, más todavía, a la fecha testigo tomada en la tasación del Tribunal de Tasaciones. Esas circunstancias impiden tomar el valor tasado en el dictamen/1/2003 como representativo del que del libre juego de la oferta y la demanda surja al tiempo del pago y consiguiente transferencia del dominio; situación que obliga a tener que implementar métodos tendentes a que el precio que pague el GCBA por el bien refleje los valores de mercado a la fecha en lo adquiera. Ello, toda vez que "...de acuerdo con el principio de que la indemnización expropiatoria —precio de la cosa y daños— tiende a establecer un equilibrio entre la situación económica anterior y posterior del expropiado, el momento no debe ser elegido ni en detrimento ni en beneficio de ninguna de las partes, y, por lo tanto, *corresponde fijar la indemnización en el momento de la desposesión de las cosa expropiada*" (*Fallos,* 204:534; 237:38 ya citado) (sin resaltar en el original). Puesto que, de otra manera, se vería conculcado el principio de igualdad consagrado en los arts. 11 de la CCBA y 16 de la C.N.

7. Por lo expuesto y habiendo dictaminado el Procurador General Adjunto; voto por, rechazar la queja, hacer lugar a al recurso de inconstitucionalidad, revocar la sentencia en cuanto fuera materia de agravios y mandar que vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a los dispuesto en el párrafo que antecede. Costas por el orden causado, en atención a que el GCBA pudo considerarse con derecho a su pretensión.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad deducido por la parte actora a fs. 592/609 (concedido parcialmente por la Sala II de la Cámara CAyT a fs. 616/618) debe ser rechazado ya que no cumple con lo prescripto por el art. 27 de la ley 402.

2. La actora afirma que la sentencia en crisis afecta principios y derechos de rango constitucional (art. 12, inc. 5º, CCBA, y 17, C.N.).

Considera que la sentencia recurrida "ha violado el derecho de defensa en juicio (...) y afectado el principio de legalidad (art. 13, inc. 3º de la CCBA y art. 18 de la C.N.) por haberse incurrido en arbitrariedad al condenar al expropiante al pago de una indemnización determinada por el Tribunal de Tasaciones de la Nación al 14/1/2003 (...) sin permitir una nueva valuación que determinara el valor real al tiempo del fallo, (...) vulnerando así los arts. 12, inc. 5º y 17 de las leyes fundamentales mencionadas" (fs. 592).

Una lectura atenta del recurso de fs. 592/609 pone en evidencia que la recurrente no logra dar fundamentos suficientes frente a la resolución impugnada, argumentos que configuren un caso constitucional que involucre los artículos citados arriba.

En efecto, la discrepancia con el *quantum* indemnizatorio se agota en una cuestión de hecho y prueba, ajena al recurso en análisis.

La sola enunciación de que se afectan principios y derechos de índole constitucional no es suficiente para habilitar la vía recursiva extraordinaria intentada pues, como lo ha sostenido en múltiples precedentes el Tribunal "[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. nº 131, resolución del 23/2/2000, en: *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. II, pp. 20 y ss.).

3. En cuanto al recurso directo interpuesto por los actores a fs. 629/637 vta., éste fue deducido en tiempo y forma, y se dirige contra la decisión interlocutoria que denegó el recurso de inconstitucionalidad por el agravio de arbitrariedad incoado. Sin embargo, no puede ser admitido.

En la queja, la actora no intentó desvirtuar los argumentos que da la Sala II en el punto 6 del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad. En efecto, la accionante se limitó a abundar sobre cuestiones de fondo por las que el recurso ya había sido concedido sin dedicar una sola línea a fundar la habilitación de instancia que persigue.

Como he dicho reiteradas veces, es requisito necesario de la queja que ella contenga una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad (conf. TSJBA, *in re* "Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa 665-CC/2000— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 865, resolución del 9/4/2001, entre muchos otros). En consecuencia, el escrito de fs. 629/637 vta. no constituye, técnicamente, un recurso de queja y éste es el único medio que habilita al Tribunal a evaluar la procedencia

del recurso de inconstitucionalidad denegado porque —como es sabido— no está procesalmente prevista su interposición directa ante los jueces con competencia para tratarlo. Por tanto, las deficiencias de la presentación de los señores Mendilahatzu y Tarantino definen su rechazo.

4. Con apoyo en las consideraciones que anteceden, voto por: *a)* rechazar el recurso de inconstitucionalidad de fs. 592/609, y *b)* rechazar el recurso directo obrante a fs. 629/637 vta.

Por ello, emitido el dictamen por el señor Fiscal General Adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja interpuesta por Dora Mendilahatzu y Carlos Alberto Tarantino a fs. 629/637 vta. y dar por perdido el depósito efectuado.

2º. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad oportunamente concedido, *revocar* la sentencia apelada en cuanto fue materia de agravios, y *disponer* que, a los fines de la condena impuesta al GCBA, el valor del inmueble objeto de este juicio de expropiación irregular sea establecido en la etapa de ejecución de sentencia, previa realización de una nueva valuación.

3º. *Imponer* las costas a la parte vencida.

4º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita el expediente al tribunal remitente.

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

VII

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'BERDIER, TRISTÁN MARCELO C/GCBA S/REVISIÓN CESANTÍAS O EXONERACIONES DE EMPL. PUBL."

RECURSO DE QUEJA: Caso constitucional. Caducidad de sumario administrativo. Nulidad del acto administrativo. Derecho común. Cuestiones de hecho y prueba. Cesantía. Estatuto del Docente. DERECHO ADMINISTRATIVO DISCIPLINARIO: Principios del derecho penal.

SUMARIOS:

1. Cabe admitir el recurso de queja si contiene una reseña adecuada del proceso, efectúa una crítica suficiente del auto denegatorio de recurso de incons-

titucionalidad y plantea correcta y fundadamente una cuestión constitucional por violación de la garantía de le defensa en juicio y arbitrariedad de la sentencia recurrida. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren las señora juezas Alicia E. C. Ruiz y Ana María Conde).*

2. Si bien es cierto que en los fundamentos del acto de cesantía se menciona que la conducta del agente de patrocinar judicialmente en juicio a terceros contra el GCBA transgrede lo dispuesto por el art. 7º, incs. a) y b) de la Ordenanza 40.401 —Estatuto del Personal Municipal—, no lo es menos que expresamente la parte dispositiva encuadra la conducta del agente en art. 6º, inc. c), ch) y d) del Estatuto del Docente –Ordenanza 40.593—, que son, precisamente, las normas que la Cámara consideró aplicables para dar fundamento a la medida expulsiva, por lo que corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren las señora juezas Alicia E. C. Ruiz y Ana María Conde).*

3. El fallo anula el acto administrativo en base a una interpretación excesivamente formalista que encuentra un vicio en la causa porque si bien en la parte dispositiva de la resolución se encuadra la conducta del agente en el Estatuto del Docente, en la motivación del acto se menciona Estatuto del Personal Municipal, que no se considera aplicable, otorgando a tales diferencias en el encuadramiento normativo de los hechos una trascendencia que no resulta razonable, y no se compadece con una interpretación teleológica del sistema de nulidades establecido por la Ley de Procedimientos Administrativos. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren las señora juezas Alicia E. C. Ruiz y Ana María Conde).*

4. La sanción extintiva de la relación de empleo que le fue aplicada al docente se encuentra prevista tanto en el Estatuto del personal docente (Ordenanza 40.593, art. 36, inc. f), como en el Estatuto para el Personal Municipal (Ordenanza 40.401, art. 24.II.b y art. 37), pues en ambas regulaciones se prevé la extinción del empleo por pérdida de la idoneidad constitucionalmente exigida, sobre la base de motivos similares a los reglados en el estatuto aplicado. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren las señora juezas Alicia E. C. Ruiz y Ana María Conde).*

5. La invocación de las normas del Estatuto del Personal Municipal en la instrucción sumarial dio mayores garantías al docente, en cuanto a la descripción de la conducta investigada (tipicidad de la infracción), que si se hubieran aplicado las normas que la Cámara considera rigen en el caso, desde que la mera lectura de las normas de uno y otro estatuto permite verificar que los deberes que el reglamento docente establece están formulados con mayor generalidad e imprecisión que las reglas del Estatuto del Personal Municipal, ya que éstas, si bien encuadran dentro de los mismos deberes, son de mayor precisión y exhaustividad en cuanto a la descripción del injusto. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren las señora juezas Alicia E. C. Ruiz y Ana María Conde).*

6. En el derecho administrativo disciplinario no se aplican, de plano, los principios propios del derecho penal, pues las correcciones disciplinarias no importan

el ejercicio de la jurisdicción criminal ni del poder ordinario de imponer penas, y la estrictez de los tipos penales se flexibiliza en atención a las características de la potestad sancionadora de la administración, en la que prevalece la necesidad de una razonable discrecionalidad tanto en graduación como en el carácter abierto de los tipos que describen conductas ilícitas. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren las Sras. Juezas Alicia E. C. Ruiz y Ana María Conde).*

7. Corresponde rechazar el recurso de queja cuando los agravios sólo expresan la discrepancia del GCBA con la sentencia impugnada sin exhibir al pronunciamiento como arbitrario, y la revisión de la caducidad decretada en relación con el sumario administrativo remite al análisis de cuestiones de derecho local infraconstitucional, hecho y prueba ajenas a la competencia del Tribunal en la vía intentada. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

8. El recurso de queja debe rechazarse cuando no expone otra cosa que el desagrado con la valoración y la interpretación de cuestiones de prueba y de derecho común (infraconstitucional) local que la sentencia criticada determinó y aplicó. *(Voto en disidencia del señor juez Julio B. Maier).*

Expte. 5383/07 - 13/2/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Tristán Marcelo Berdier interpuso recurso judicial de revisión contra la resol. 160-SED/02, del 19/2/2002, de la Secretaría de Educación, por la que se dispuso su cesantía como Director Titular del turno noche de la Escuela nº 16 de Adultos, Distrito Escolar nº 15, y como Maestro de Ciclo Titular, turno tarde, de la Escuela de la Joya, Distrito Escolar nº 2. La resolución justificó la cesantía en tres sumarios administrativos seguidos contra el actor: *a)* nº 595/99, por la actuación del agente como letrado patrocinante en tres juicios contra la Ciudad; *b)* nº 157/95, por haber arrancado la hoja de comunicación (o cadena) en que se informaba el horario para la presentación en un concurso docente; y *c)* nº 571/95, por haber violado la vía jerárquica, al dirigirse directamente al Procurador General (fs. 1/8 vta., expediente principal).

El actor fundó su impugnación, entre otras cuestiones, en que las conductas investigadas no configuran infracción alguna. También señaló errores e irregularidades en la instrucción de los sumarios, que habrían afectado su derecho de defensa en juicio y el debido procedimiento administrativo. En cuanto al sumario nº 157/95 (por haber arrancado la hoja de comunicación o cadena con el horario para la presentación en un concurso de maestros) consideró prescripta la acción disciplinaria y remarcó que transcurrió en exceso el plazo reglamentario para la instrucción del

sumario. También cuestionó que los tres sumarios tramitaran conjuntamente, pues la acumulación trajo como consecuencia un exceso punitivo. El accionante planteó, además, que los letrados dictaminantes en los tres sumarios incurrieron en prevaricato y animadversión manifiesta. Igualmente, cuestionó la validez de la resolución de cesantía por carecer de la firma del funcionario competente.

El señor Berdier solicitó, además de la nulidad de la cesantía, que en la sentencia el tribunal disponga que la Secretaría de Educación proceda a eliminar de su ficha personal todo antecedente sobre actuaciones sumariales inexistentes o que fueran declaradas nulas.

Finalmente, requirió como medida cautelar la suspensión de la ejecución de la resol. 160-SED/02; la reincorporación en sus cargos docentes y el consecuente pago de sus haberes.

2. La medida cautelar fue rechazada por resolución de fs. 101/102, expte. principal.

3. El GCBA (en adelante, GCBA) contestó el traslado del recurso de revisión (fs. 228/244, expte. principal) solicitando su rechazo.

4. La Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario resolvió: "*1)* Hacer lugar al recurso de revisión interpuesto por la parte actora contra la resol. 160/02; y, en consecuencia, declarar la nulidad del citado acto administrativo. *2)* Con costas a la parte vencida en virtud del principio objetivo de la derrota (art. 62, primer párrafo del CCAyT)" (fs. 357/369, expte. principal).

Mediante aclaratoria el tribunal añadió: "...la declaración de nulidad del acto en cuestión importa, de suyo, retrotraer la situación al momento anterior al dictado del acto cuya nulidad se decreta. Así las cosas, la reincorporación es una consecuencia lógica de la nulidad decretada, la cual deberá hacerse efectiva en el plazo de diez días siempre que no existan otros impedimentos que excedan el ámbito de las cuestiones analizadas en este expediente" (fs. 375, expte. principal).

5. El GCBA planteó el recurso de inconstitucionalidad (fs. 376/393 vta., expte. principal), que, previo traslado que fuera contestado por la parte actora (fs. 401/408, expte. principal), no fue concedido por la Sala por considerar que aunque "la demandada invocó la violación de las normas constitucionales de defensa en juicio y debido proceso (ver. fs. 376) e invocó la doctrina de la arbitrariedad de la sentencia (...) no ha logrado exponer, con la fundamentación, claridad y precisión debidas, un caso constitucional que justifique la intervención del Tribunal Superior (...), exigencia impostergable para la viabilidad del recurso que —según lo dicho— no se suple con la simple referencia ritual a derechos y/o principios constitucionales. Del conjunto de las piezas bajo examen se percibe que las normas constitucionales que el recurrente invoca en su inicio, no tienen luego, en el cuerpo del escrito, una adecuada expresión de agravios. Y es que, en definitiva, los reales agravios del recurrente se resumen en la invocación de la doctrina de la arbitrariedad, no en

genuinos reproches constitucionales". Además, consideró que no se cumplían los recaudos para conceder el recurso por esta causal (fs. 410/411, expte. principal).

6. La demandada interpuso recurso de queja contra esa decisión (fs. 67/82 vta.). Requerido su dictamen, el señor Fiscal General Adjunto consideró que la queja debe ser rechazada (fs. 97/99 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. La queja fue planteada en tiempo oportuno y debida forma, contiene una reseña adecuada del proceso, efectúa una crítica suficiente del auto denegatorio y, anticipo, plantea correcta y fundadamente una cuestión constitucional por violación de la garantía de la defensa en juicio por arbitrariedad de la sentencia recurrida. De tal manera, la queja prospera y permite que el Tribunal considere el recurso de inconstitucionalidad que el GCBA oportunamente planteara.

2. El señor Berdier fue cesanteado luego de tramitados tres sumarios en su contra por diversas inconductas reglamentarias.

A diferencia de lo expresado por la Sala, comparto el planteo de la Procuración General en cuanto a la corrección de la acumulación de los tres sumarios para adoptar sólo una decisión respecto de la situación disciplinaria del agente. Ello así, pues en los tres sumarios se investigaron conductas del señor Berdier pasibles de considerarse infracciones a las obligaciones relativas a su relación de empleo con el Estado local.

La aplicación que la Cámara invoca y justifica en otros aspectos de este caso de las reglas que regulan la potestad punitiva penal estatal al derecho disciplinario, le habría permitido a ese tribunal concluir que, tal como ocurre en los procesos penales, ante la existencia de diversos procedimientos sancionatorios seguidos contra una misma persona, se disponga su acumulación por existir conexidad subjetiva y se dicte una sola decisión que abarque todos los hechos investigados.

3. La Sala I consideró, detalladamente, los agravios del agente en relación a cada uno de los sumarios que tramitaron en su contra.

A. No advierto afectación alguna de derechos o potestades de raigambre constitucional en cabeza del GCBA en la decisión de la Alzada de considerar caduco el sumario nº 157/95. Basta con constatar: *a)* que el sumario se inició el 16/1/1995, *b)* que estuvo paralizado durante tres años y seis meses, *c)* que la resolución de cesantía se dictó el 19/2/2002, y *d)* que se superó holgadamente el plazo para su tramitación y resolución que es de sesenta días hábiles, prorrogables (conf. art. 23, dec. 3360/68); para afirmar que los agravios expresados por el GCBA se desmoronan ante la evidencia de su propia incuria en diligenciar las actuaciones a su cargo.

La sentencia recurrida ha efectuado una fundada ponderación de la naturaleza de los plazos, su prorrogabilidad y la razonabilidad con que ellos deben ser considerados en el marco del debido procedimiento administrativo. Por ello, más allá

del acierto o error de la sentencia, estimo que, a partir de los agravios planteados por el GCBA en este punto, la cuestión remite a la consideración de aspectos que residen en el plano infraconstitucional. Además, el planteo del GCBA de considerar contradictorio que la sentencia afirme el carácter ordenatorio de los plazos y luego le dé efectos perentorios al disponer la caducidad del sumario, en realidad, no se hace cargo de considerar los meditados fundamentos expuestos por la Sala referidos a la articulación de tales institutos bajo la exigencia de la duración razonable del proceso, que fueron adecuadamente desarrollados en los puntos c.III, c.IV y c.V, del voto del juez Balbín, al que adhirieron sus colegas. Así las cosas, basta leer el pronunciamiento para señalar que nada presenta de arbitraria la sentencia en este punto.

B. Tampoco se plantea una lesión a las atribuciones y potestades de la Administración que el Tribunal deba reparar en lo atinente a la decisión de la Alzada de considerar que se lesionó el derecho de defensa del actor al no haberse producido la prueba ofrecida por él en la tramitación del sumario y de considerar atípica la conducta investigada en el sumario nº 571/99, en atención a la diferencia que el tribunal efectúa entre "peticiones" y "denuncias". Más allá del acierto o error de tal señalamiento, la sentencia presenta fundadas razones para justificar el distinto tratamiento de una y otra categoría de presentaciones, que no habilita al Tribunal a considerarla infundada, arbitraria o absurda.

Por lo demás, el respeto de la vía jerárquica pregonado en la resolución administrativa y en el recurso planteado por el GCBA ("Ese deber es absoluto", afirma la Procuración General a fs. 48, expte. de queja) no puede admitirse en el ámbito de la Administración del Estado con el alcance que la recurrente le asigna. Quien reclama en defensa de sus propios derechos o como consecuencia de la afectación recibida, y denuncia a quienes considera que son sus agresores, no debe verse encorsetado en el frío molde de la escala jerárquica; pues el principio de organización, en la Administración civil del Estado, no constituye un valor en sí mismo, sino que cumple una función instrumental al servicio de otros valores: la probidad, la eficacia y el orden del obrar administrativo.

Las discrepancias del recurrente con los alcances asignados a ese deber por la sentencia y con la interpretación de las reglas infraconstitucionales que lo establecen no plantean al Tribunal caso constitucional alguno.

4. Sí creo que corresponde descalificar el fallo recurrido en relación con la decisión administrativa en cuanto se refiere al sumario nº 595/1999, en el que se investigó la actuación del actor como letrado patrocinante en tres juicios seguidos contra el GCBA.

A. El actor, en su demanda, negó haber realizado la conducta atribuida ("en todo el expediente no existe ninguna imputación y tampoco ninguna prueba de cargo donde el suscripto haya intervenido en trámites o gestiones administrativas de personas física o jurídica alguna..." —fs. 3—; "debe recordarse que el suscripto no llevó adelante los juicios imputados" —fs. 3 vta.—) y sostuvo que se afectó su

derecho a producir prueba informativa "que consistía en los expedientes judiciales mencionados".

Durante la tramitación del recurso de revisión se ha incorporado al proceso como prueba, a instancias del actor, los tres juicios mencionados en la demanda. La producción de esa prueba durante este juicio ha subsanado cualquier afectación al derecho de defensa del imputado que pudiera haber existido en el sumario administrativo, en relación con su posibilidad de ofrecer y producir prueba de descargo. Como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación la posible afectación en sede administrativa del debido proceso adjetivo es subsanable en sede judicial —e incluso en la propia sede administrativa, a través de las instancias de control recursivo de los actos— si ante los tribunales el particular cuenta con la ocasión de ejercer la defensa de sus derechos y articular todas las cuestiones que considere eficaces a tal fin (*Fallos,* 273:134; 301:410; 306:467; entre otros). En suma, la amplia posibilidad de ofrecer y producir pruebas brindada por la Cámara subsanó los defectos señalados por el recurrente, permitiendo su posterior defensa en sede judicial, donde, finalmente, se adopta la decisión que define la suerte de los derechos que esgrime.

Ahora bien, de los expedientes "Suárez", "Ovejero" y "De Roo", surge en forma indudable que el señor Tristán Marcelo Berdier efectuó el patrocinio letrado de los actores en juicios contra el Gobierno local. Resulta claro, entonces, que la prueba practicada confirma lo afirmado en el acto de cesantía —y negado por el actor en su demanda— en cuanto a que el doctor Berdier llevó adelante el patrocinio letrado de terceros en causas judiciales incoadas contra el Gobierno local.

B. El actor ha cuestionado también la falta de parcialidad de los sumariantes, como vicio del procedimiento previo a la resolución administrativa. Sin embargo, esa imputación no ha sido acreditada durante el juicio. Mas, para despejar cualquier duda a este respecto, es dable señalar que además del sumariante, intervinieron en el procedimiento disciplinario la Junta de Calificación y Disciplina, el Secretario de Educación y el Jefe de Gobierno, sin que se impute a estos órganos el vicio en la voluntad señalado en relación al sumariante.

El recurrente no demuestra (y tampoco surge de la lectura de las actuaciones) que la cesantía se encuentre determinada por la falta de parcialidad de los funcionarios instructores. Por el contrario, la prueba practicada permite concluir en que la sanción impuesta se vincula con su propia inconducta y no se funda en el inadecuado proceder de otros funcionarios.

C. La valoración que efectúa la Sala en la sentencia de la conducta del agente es la siguiente: "b. IX. No es ajeno al conocimiento de esta Alzada que la *conducta incurrida por el docente —al asesorar a sus pares en causas donde la contraparte era su empleador— constituye una inconducta grave*. Pero el sustento normativo al que recurrió la demandada para fundar la sanción debió estar regulado en la Ordenanza 40.593. De hecho, *el art. 6º establece entre los deberes del personal* docente el de "desempeñar digna, eficaz y lealmente las funciones inherentes a su

cargo" (inc. ch) y el de "observar una conducta acorde con los principios de la moral y las buenas costumbres y con las normas de ética en el comportamiento social" (inc. c). Es decir, la demandada no necesitaba apartarse del régimen de los docentes para sancionar la inconducta del accionante. *Bastaba con apelar a la norma citada precedentemente para dar fundamento a la medida expulsiva".* Adviértase que, al emitir opinión la Junta de Disciplina en cumplimiento del deber impuesto por el art. 38 de la Ordenanza 40.593 —fs. 515—, dictaminó a favor de aplicar la sanción de cesantía por compartir los fundamentos vertidos por la Dirección de Sumarios en el informe 39.014 (obrante a fs. 506/511 del expediente administrativo acumulado). Empero en la parte final expresamente concluyó: "Aplicar la sanción de Cesantía prevista en el art. 36, inc. f) de la Ordenanza 40.593 —Estatuto del Docente— al docente Tristán Marcelo *Berdier*, F. Nº 268.391, Director Titular de la Escuela Nº 16 de Adultos del D.E. 15º Turno Noche y maestro de ciclo Titular Turno Tarde de la Escuela de la Joya del D.E. Nº 2, por estar su conducta aprehendida en las presentes actuaciones, por lo normado en el art. 6º, incs. c), ch) y d) del Estatuto del Docente, Ordenanza 40.593", destacando que en el citado dictamen se alude a los tres sumarios impetrados contra el accionante. Como se observa, *el organismo asesor no aludió a normas ajenas al Estatuto del Docente —es decir, no recurrió a la Ordenanza 40.401 como hiciera la Dirección de Sumarios—"* (sin destacar en el texto original).

D. Sin embargo, la sentencia descalificó el acto administrativo sobre la base del siguiente argumento "No obstante ello, el acto administrativo imputó al accionante la falta prevista en el art. 7º, incs. a) y b) del Estatuto para el Personal Municipal. Por ello, existe un claro vicio en la causa —antecedentes de derecho".

Es decir, la Sala considera inaplicable a los docentes el Estatuto del Personal Municipal, de acuerdo con la interpretación que ella efectúa del art. 6º de la ordenanza 40.593 (Estatuto del Docente), según la cual sólo se aplicarían a los docentes regidos por esa ordenanza los deberes establecidos en ella y los que impongan leyes, ordenanzas, decretos y resoluciones *especiales*, característica ésta que no tendría el Estatuto del Personal Municipal (ver puntos b.I a b.V del voto del juez Balbín).

E. Como se expresa en el recurso de la Procuración General, la Sala ha efectuado una interpretación excesivamente formalista del acto administrativo y de lo actuado en esta cuestión.

Si bien es cierto que en los fundamentos de la resol. 160/2002 (acto de cesantía) se menciona que la conducta del agente de patrocinar judicialmente en juicio a terceros contra el GCBA transgrede lo dispuesto por el art. 7º, incs. a) y b) de la Ordenanza 40.401, no lo es menos que *expresamente* la parte dispositiva encuadra la conducta del agente en art. 6º, incs. c), ch) y d) del Estatuto del Docente —Ordenanza 40.593—, que son, precisamente, las normas que la Sala consideró aplicables "para dar fundamento a la medida expulsiva".

La trascendencia que el fallo otorga a esa mención efectuada en la motivación del acto no resulta razonable. Lejos se está de efectuar una aplicación analógica

de reglas que no regirían el caso, de afectar el principio de tipicidad o de vulnerar la exigencia de predeterminación legal de la conducta y de la sanción. Se trata, sencillamente, de efectuar una interpretación teleológica del sistema de nulidades establecido por la Ley de Procedimientos Administrativos. Como lo ha sostenido el Tribunal "[e]l 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 (sent. del 6/2/1985, citada por Santamaría Pastor, Juan Alfonso, y Parejo Alfonso, Luciano: *Derecho administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, primera reimpresión, Madrid, 1992, p. 362)" (*in re*: "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'", expte. nº 3901/05, sent. del 10/8/2005).

A tal punto me parece que esto es así, que el problema vinculado con la tipicidad de la conducta y su encuadre normativo *no fue planteado por el señor Berdier en su impugnación judicial*, sino que aparece como una reflexión de los jueces, que considero irrazonable. Como lo sostuve en mi voto en el caso "Arn", el consentimiento por el actor de la aplicación del régimen estatutario le impedía, con base en la doctrina de los propios actos, cuestionar ahora el régimen jurídico aplicado y la validez del procedimiento disciplinario sustanciado de acuerdo con él (ver punto 4 de los fundamentos de mi voto *in re*: "Arn, Telmo Iván c/Comisión Municipal de la Vivienda s/impugnación de actos administrativos s/recurso de apelación ordinario concedido", expte. nº 2303/03, sent. del 18/12/2003).

Finalmente, es dable señalar que la sanción extintiva de la relación de empleo que le fue aplicada, se encuentra prevista tanto en el Estatuto del Personal Docente (Ordenanza 40.593, art. 36, inc. f), como en el Estatuto para el Personal Municipal (Ordenanza 40.401, art. 24.II.b y art. 37), pues en todas esas normas se prevé la extinción del empleo por pérdida de la idoneidad constitucionalmente exigida, sobre la base de motivos similares a los reglados en el estatuto aplicado.

En tal sentido, es dable advertir que el señor Berdier tuvo la oportunidad de defenderse en el sumario respecto del hecho de haber patrocinado judicialmente intereses contrarios con los de su empleador, y así lo hizo efectivamente intentando demostrar que los intereses de los docentes patrocinados eran coincidentes con los de la Administración, que evitó perjuicios al Estado y que no percibió suma alguna por esas defensas (ver su escrito de inicio). Es claro, entonces, que la defensa del actor no se vio afectada por la mención de una u otra norma.

Por otra parte, me parece claro que la invocación de las normas del Estatuto del Personal Municipal en la instrucción sumarial dio mayores garantías al señor Berdier, en cuanto a la descripción de la conducta investigada (tipicidad de la infracción), que si se hubieran aplicado las normas que la Cámara considera rigen en el caso. En efecto, basta la mera lectura de las normas de uno y otro estatuto para verificar que los deberes que el reglamento docente establece están formulados

con mayor generalidad e imprecisión (ver transcripción en el punto C. precedente) que las reglas del Estatuto del Personal Municipal, ya que éstas, si bien encuadran dentro de los mismos deberes, son de mayor precisión y exhaustividad en cuanto a la descripción del injusto.

F. En tanto la decisión oficiosa de la Cámara sobre esta cuestión trae a debate la problemática referida a la aplicación de los principios del derecho penal a la materia disciplinaria, considero prudente recordar lo que he expresado en un reciente pronunciamiento a este respecto: "2. En forma liminar, es necesario poner de resalto que, con apoyo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ya se ha expresado al resolver la causa 'Arn, Telmo Iván c/Comisión Municipal de la Vivienda s/impugnación de actos administrativos s/recurso de apelación ordinario concedido', expte. nº 2303/03, sent. del 18/12/2003, que, 'en el derecho administrativo disciplinario no se aplican, de plano, los principios propios del derecho penal'. // Sobre el particular, el Alto Tribunal federal ha sostenido en su constante jurisprudencia que 'las correcciones disciplinarias no importan el ejercicio de la jurisdicción criminal ni del poder ordinario de imponer penas, razón por la cual no se aplican a su respecto los principios generales del Código Penal' (*Fallos,* 251:343 y sus citas; 256:97; 261:118; 275:265; 281:211; 303:1776; 305:2261; 310:316 y 323:574). Ello, 'en virtud de la distinta naturaleza que reviste la actividad sancionatoria en cada uno de dichos supuestos' (del dictamen de la Procuradora Fiscal ante la Corte, al que se remite la CSJN en *Fallos,* 315:1634). // La estrictez propia de los principios penales se flexibiliza en atención a las características de la intervención disciplinaria. Así, las normas establecen tipos más o menos abiertos pues 'en el ámbito disciplinario existe la necesidad de una razonable discrecionalidad tanto en la graduación como en el carácter abierto de los tipos que describen las conductas ilícitas' (Uslenghi, Alejandro J.: 'Control judicial de la potestad sancionatoria de la Administración', en la obra *Control de la Administración pública,* Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2003, p. 223). La razón de esta necesaria apertura se encuentra en que 'las posibilidades de infracción a las normas específicas de éste [el derecho disciplinario] evidencian una multiplicidad de variantes, insusceptibles de ser encerradas en la descripción típica propia de las figuras penales' (Comadira, Julio R.: 'La responsabilidad disciplinaria del funcionario público', en la obra *Responsabilidad del Estado y del funcionario público,* Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001, p. 596). // La no aplicación estricta de los principios del derecho penal a la potestad disciplinaria permite 'la prudente interpretación adecuada de los preceptos del caso' (*Fallos,* 261:118). Consecuentemente, se admite que las exigencias de legalidad y tipicidad se apliquen incluso con menor rigidez 'en el supuesto de infracciones de normas deontológicas' (sentencia del Tribunal Supremo español de 17/3/1981, Ar. 1282, citada por Santamaría Pastor, Juan Alfonso, y Parejo Alfonso, Luciano: *Derecho administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo,* Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992, p. 206)" (del voto conjunto que emitimos con la señora jueza Ana María Conde en la causa

"Urfeig, Norberto s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Urfeig, Norberto c/Consejo de la Magistratura s/revisión de cesantías o exoneraciones de emp. publ.'", expte. nº 5041/06, sent. del 20/7/2007).

De tal forma, el mentado vicio en la causa considerado por la Sala para fundar la declaración de nulidad de la resol. 160/2002, así como la invocación de "los principios de legalidad y tipicidad y la imposibilidad de recurrir a la analogía" (punto b.VIII), constituyen fundamentos aparentes que no se compadecen con lo actuado en el procedimiento sumarial, con una interpretación integral del acto administrativo, ni con la hermenéutica constitucional del derecho disciplinario a la que he hecho referencia y que he sustentado en los precedentes mencionados.

Por tal razón la sentencia debe ser revocada en este punto. Procede, entonces, resolver el fondo del asunto (conf. art. 31, ley 402).

5. Como lo he recordado en el punto 4.C, la Sala consideró que el señor Berdier incurrió en una falta grave que daba lugar a la cesantía de acuerdo con las disposiciones del Estatuto del Docente. Tal afirmación presupone que consideró acreditados los hechos materia de ese sumario; cuestión que, por lo demás, no merece dudas de acuerdo con los expedientes judiciales en los que el agente intervino como letrado patrocinante de terceras personas, que fueron arrimados como prueba ofrecida por su parte en este juicio. Es decir, la conducta atribuida al agente existió.

El comportamiento reprochado encuadra tanto en el art. 6º, incs. c) y ch) del Estatuto del Docente Municipal, como en el art. 7º, incs. a) y b) del Estatuto del Personal Municipal. En el primero, "[l]a sanción que se aplique guardará relación con la gravedad del hecho, los perjuicios causados, los antecedentes laborales del imputado y las atenuantes y agravantes de cada situación", previéndose la cesantía como medida expulsiva (art. 36, inc. f). En el segundo, la transgresión a las prohibiciones del art. 7º da lugar a la sanción de cesantía (art. 36, inc. g).

6. El acto administrativo impugnado en este juicio dispuso la cesantía como consecuencia de lo actuado en tres sumarios, sobre dos de los cuales he considerado correcta la decisión de la Cámara de restarles virtualidad para fundar la decisión administrativa (sumarios nº 157/95 —por haber arrancado la hoja de comunicación— y nº 571/95 —por haber violado la vía jerárquica—).

De tal manera, la validez (parcial) de la resol. 160/2002 que propugno deja pendiente de decisión si los hechos que dieron lugar al sumario nº 595/99 —y que considero debidamente acreditados— permiten imponer al actor la sanción de cesantía.

La cuestión no surge nítida de los fundamentos de la resol. 160/2002, ni de sus antecedentes. En efecto, en el acto administrativo (ver fs. 51/52) los sucesivos "considerandos" hacen referencia a lo actuado en cada sumario, luego mencionan la conexidad, efectúan una síntesis de lo que consideran probado (los hechos imputados en los *tres* sumarios), para agregar "Que *esas conductas* son causal suficiente de la sanción de cesantía" (sin cursivas en el texto original). Como se ve, el plexo

de conductas investigadas es lo que aparece expresado como "causal suficiente" para la cesantía.

En virtud de las particularidades aludidas, considero que la ponderación de gravedad de la falta que doy por probada y de los demás recaudos para la determinación de la sanción ("[l]a sanción que se aplique guardará relación con la gravedad del hecho, los perjuicios causados, los antecedentes laborales del imputado y las atenuantes y agravantes de cada situación", art. 36, Ordenanza 40.593) debe ser efectuada por las autoridades administrativas en uso de sus atribuciones propias, y ello no puede ser sustituido por el Tribunal en ejercicio de la facultad revisora del acto cuestionado. Por tal razón, en este caso particular, las actuaciones deben ser devueltas a la instancia administrativa para que, con la intervención de los organismos competentes, de conformidad con el procedimiento reglado, se dicte un nuevo acto que determine si corresponde aplicar una sanción vinculada a los hechos acreditados en el sumario nº 595/99.

7. En atención a lo expresado en los puntos precedentes, corresponde: *a)* admitir el recurso de queja deducido por el GCBA, *b)* hacer lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad y, en su mérito, *c)* revocar parcialmente la sentencia de fs. 357/369 vta., con los alcances señalados en el punto 6 de este voto.

Con costas por su orden, ante la existencia de vencimientos parciales recíprocos.

Así lo voto.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

En atención a los fundamentos expresados por el juez de trámite José O. Casás adhiero a la solución que propone.

La jueza Ana María Conde dijo:

Adhiero al voto de mi colega, el juez José O. Casás.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. La queja fue planteada en tiempo y forma. El GCBA se agravia por lo que estima una denegatoria arbitraria del recurso de inconstitucionalidad articulado, pese a que allí considera demostrado que la sentencia de fs. 28/40 —que declaró la nulidad de la resol. 160-SED/02 que dejó cesante al actor— vulnera "en forma inmediata y directa el derecho de defensa (...) al prescindir de reglas y criterios básicos que vienen a configurar el debido proceso sustantivo (art. 13, inc. 3º, CCBA Autónoma de Buenos Aires; art. 18, C.N.)" en desmedro, también, del principio de división de poderes (fs. 41, 51 y 81/2).

2. Las críticas dirigidas a cuestionar la decisión de declarar, por un lado, la caducidad del sumario 157/1995 (expte. nº 16770/95) y, por otro, la nulidad de las actuaciones sumariales labradas en el expte. nº 68.149/99 (sumario 571/99) no logran configurar el caso constitucional exigido por el art. 27 de la ley 402.

2.1. La revisión de la caducidad decretada en relación con el sumario 157/1995 remite al análisis de cuestiones de derecho local infraconstitucional, hecho y prueba ajenas a la competencia del Tribunal en la vía intentada. Ello así, y en tanto el recurrente no demuestra que la valoración de la Cámara, vinculada con la negligencia incurrida en la tramitación del sumario (v. gr., extravío de las actuaciones), su falta de complejidad (vgr. las medidas de prueba ofrecidas por el actor fueron rechazadas) así como la excesiva prolongación que tuvo el procedimiento (v. gr., la sanción llega ocho años después de que se produjo el hecho y más de cinco años desde que se formularon los cargos) resulte insostenible, corresponde rechazar la queja pues los agravios sólo expresan la discrepancia del GCBA con la sentencia impugnada sin exhibir al pronunciamiento como arbitrario.

2.2. Tampoco las objeciones ensayadas contra la declaración de nulidad del sumario 571/99 involucran cuestión constitucional alguna. En efecto, el *a quo* tuvo por acreditados "vicios en el procedimiento que acarrean la nulidad de las actuaciones". Para la sentencia impugnada, "la prueba informativa ofrecida y rechazada en sede administrativa podría haber variado la decisión adoptada respecto del sumario" porque daba cuenta de la demora que había registrado el reclamo salarial, así como de los pedidos previos al reclamo dirigido al Procurador General de la CABA, supuestamente violatorio de la vía jerárquica. Mientras que, también para ese pronunciamiento, la prueba testimonial, no debió tenerse por desistida. Además, la Sala I sostuvo que la vía jerárquica debía seguirse, según la normativa "en el caso de 'peticiones' o 'tramitaciones', no así en los casos de denuncias" supuesto, este último, dentro del cual la demandada había encuadrado la situación investigada en el sumario. Nuevamente, el GCBA no muestra que la valoración de hecho y prueba formulada en la sentencia impugnada, o la interpretación de las normas allí invocadas (v. gr., ordenanza 40.401 y ley 471), exceda las posibilidades interpretativas de un fallo judicial, por lo que, más allá de su acierto o error, no puede ser descalificado como decisión válida.

3. En cambio, algo distinto ocurre con la declaración de nulidad del sumario 595/1999 que el GCBA cuestiona. Para fundar la decisión aludida, la Cámara sostuvo que "la cesantía dispuesta respecto del actor con sustento en el art. 7º, incs. a) y b) de la Ordenanza 40.401, no puede ser admitida, en virtud de los principios de legalidad y tipicidad y la imposibilidad de recurrir a la analogía" principios que, enfatizó, "constituyen '*una garantía de orden material y alcance absoluto*'" (fs. 34 vta./35).

La mención de estos contenidos de la CCBA en la sentencia impugnada torna aconsejable formular algunas aclaraciones.

3.1. Tengo dicho en autos "Urfeig, Norberto s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Urfeig, Norberto c/Consejo de la Magistratura s/revisión de cesantías o exoneraciones de emp. publ.'", expte. nº 5041/06, resolución del 20/7/2007:

Dentro del género sanción pueden ser distinguidas al menos dos subespecies: la pena y la sanción civil. La pena es la espoleta o detonador que desencadena la aplicación de un conjunto de garantías constitucionales que no acompañan, en cambio, a la sanción civil. Distinguir entre una y otra no siempre es sencillo. No es extraño que sea así, porque comparten la nota común de constituir una privación de un bien o irrogación de un mal que justifica reunirlas bajo un mismo género. Empero, mientras las penas operan solamente sobre la persona y/o la esfera de derechos de la persona castigada, la sanción civil opera tanto sobre el sujeto que la padece como sobre otro que ha resultado víctima del obrar de aquél, con intención de restaurarla. El caso típico es el de quien infiere un daño al patrimonio de otro: nace para él la obligación de repararlo, esto es, restablecer el derecho afectado, mediante el sacrificio del propio. Esto último constituye en sí una privación de un bien que podría alternativamente operar como pena o sanción civil. Su naturaleza dependerá de que restañe el derecho afectado. Es decir, no es la característica intrínseca de la pérdida lo que determina su naturaleza jurídica sino su efecto sobre otra persona, la víctima.[1]

Una sanción puede tener, además del consabido perjuicio a la esfera de derechos del infractor, efectos positivos sobre la esfera del perjudicado distinto del resarcimiento, por ser de superior medida o de distinta naturaleza que aquello en que consiste el perjuicio del infractor. Ejemplo de ello podrían ser las multas por violación a las leyes de defensa del consumidor estipuladas a favor de los damnificados. En ese caso, las garantías propias de las penas tan sólo alcanzan al componente puramente retributivo. Si el legislador quiere extenderlas al resarcitorio podría toparse con un obstáculo constitucional fundado en el derecho de defensa del perjudicado. No es necesario extenderse a este respecto porque, a los fines de nuestro caso, basta señalar que cuando estamos ante el comportamiento resarcitorio no cabe inferir las garantías directamente de la Constitución.

Cuando entramos en el terreno de las sanciones puramente resarcitorias, las garantías penales, que tienen en mira asegurar que no resulte sancionado el inocente aun cuando eluda la pena el culpable, dejan paso a otras reglas cuya finalidad es

[1] En sentido concordante con esta idea: NINO, Carlos S.: *Introducción al análisis del derecho,* 2ª ed. ampliada y revisada, 9ª reimp., Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 173. Allí Nino sostiene que "[u]n rasgo importante [...] que parece distinguir las penas de las sanciones civiles y demás medidas coactivas estatales, es que es parte esencial de la razón por la que la pena se aplica el imponer algún *sufrimiento* a su destinatario. Esto es así tanto si se considera que la finalidad última de la pena es la prevención (en cuyo caso el sufrimiento es un medio para desalentar para el futuro al penado u otra gente), como si es la retribución (en cuyo caso el sufrimiento del que ha hecho un mal es un fin en sí mismo). En cambio, en el caso de las otras medidas coactivas, el sufrimiento del destinatario puede ser una consecuencia colateral e inevitable, pero no es parte de la finalidad de las medidas. Podría intentarse su eliminación o atenuación (proveyendo, por ejemplo, de una compensación adecuada a sus destinatarios) sin que las medidas pierdan su razón de ser (piénsese en el caso de las cuarentenas)" (el resaltado pertenece al original).

que no quede afectada irremisiblemente la víctima o, dicho de otro modo, que no quede sin reparación el daño ocasionado.

El supuesto que nos ocupa milita en esta última especie. La privación del bien de que se trata, relación de empleo público, afecta sin duda a quien la Administración estima infractor, pero constituye el supuesto de liberación de esa Administración de un vínculo jurídico que le impone obligaciones y riesgos de los que prefiere librarse. En tales condiciones, no pesa sobre la Administración el deber de observar garantías penales sino una bien distinta, la estabilidad en el empleo público prevista en el art. 14 bis de la C.N. y 43 de la CCBA. En otras palabras, no rigen en supuestos como el de autos la garantías específicas del derecho penal —como la "tipicidad"— aunque sí, en cambio, aquellas que tienen que ver con la defensa y el debido proceso, además, por supuesto, de la estabilidad, propia de la relación de empleo público.

Ello hace que no sea exigible, por ejemplo, la "tipicidad" del supuesto que determina la separación sino que la separación no sea producto del puro arbitrio de la Administración sino de circunstancias que justifiquen razonablemente que no perdure el vínculo.

Cabe contemplar la liberación del deudor de una obligación (caso del empleador a cuyo respecto se extingue el vínculo de empleo) como una subvariante del restablecimiento de la esfera de derechos originaria de quien justificadamente se ve afectado por un grave incumplimiento de su contraparte en una relación jurídica sinalagmática.

4. No obstante lo dicho, no es esa la doctrina aplicable al *sub examine.* Ello así, porque la sentencia recurrida no encuentra apoyo exclusivo en una interpretación de la garantía de tipicidad que comprendería el régimen disciplinario del empleo público docente, sino que ha venido a establecer que la relación de servicio entre actor y administración demandada se rige por el Estatuto del Docente que no impone al agente, de modo expreso, el deber de abstenerse de patrocinar a otros docentes en pleitos que, como los que tuvo en consideración la resol. 160/02, tienen por objeto el vínculo de empleo con el mismo Gobierno, mientras que, en razón de su especificidad, impide la aplicación de la regla prohibitiva contenida en el régimen de la Ordenanza 40.401 que disciplina el empleo público del GCBA. A su turno, aunque el art. 6º (inc. ch) del Estatuto del Docente, según recuerda el *a quo* encadena la sanción de cesantía a la infracción a deberes genéricamente referidos (observar conducta acorde con los principios de la moral y las buenas costumbres y con las normas de ética en el comportamiento social), la administración no indicó un deber de los aquí subsumibles que constituyera la causa de la cuestionada en autos. En otras palabras, el acto sancionador no identificó cuál fue la regla concreta para dar contenido a la general prevista en el art. 6º, inc. ch), del Estatuto Docente ya aludido, o cuál la instrucción puntualmente infringida, que explicitara la conducta que, luego, habría permitido a la Administración considerar el accionar reprochado como contrario a los principios de la moral, las buenas costumbres y a las normas de ética en el comportamiento social contemplados en el Estatuto Docente; recaudo

que tampoco fue abordado por el GCBA en sus recursos. Ante la ausencia de un mandato que fijara la incompatibilidad de la profesión de abogado con los cargos del actor y sin que el GCBA exhibiera como manifiesto el perjuicio que la posición del actor —en su condición de empleado público de la Administración— proyectaba sobre la controversia de contenido laboral mantenida entre los docentes representados por el abogado Berdier y el GCBA, el recurso no logra rebatir la existencia del vicio imputado al sumario 595/1999. En tales condiciones, no es la extensión de la garantía de tipicidad la circunstancia dirimente sino que, con independencia de su aplicación al *sub lite*, la sentencia tiene fundamento bastante en normas cuya interpretación no suscita por sí la jurisdicción de este Tribunal.

Por las razones expuestas, corresponde rechazar la queja planteada a fs. 67/82.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

Dicho de manera genérica, estoy de acuerdo con el rechazo por la Cámara del recurso intentado, con el dictamen del señor Fiscal General Adjunto y con el voto en el mismo sentido del juez que me antecede con su opinión sobre el caso. A mi juicio, el voto del señor juez de trámite —a pesar de comenzar por reconocer la limitación del poder jurisdiccional del TSJBA: él no es, sino por excepción, un tribunal de mérito—, al que adhieren dos de mis colegas, trata ostensiblemente, en la segunda parte de su dictamen, cuestiones de prueba y de derecho común (infraconstitucional) local, que la sentencia criticada determinó y aplicó, conforme a su propia valoración e interpretación. El recurso no expone otra cosa que su desagrado con esa valoración y con esa interpretación, razón por la cual, incluso, resulta ridícula su invocación acerca de la privación de la *defensa en juicio* y —en el mismo sentido— del *debido proceso*, dos garantías que miran antes bien a los súbditos que al Estado, aun cuando este último tenga derecho a expresarse y a probar en caso de ser demandado judicialmente, actividades que las leyes de procedimiento regulan convenientemente y razón por la cual no existe lesión constitucional alguna en el procedimiento seguido para decidir la cuestión.

Ya he expresado cuánto daño trae a la jurisdicción judicial el sobrepaso de los límites de la competencia material en los recursos *limitados* por su origen y materia, afirmación que va más allá del acierto o desacierto en la solución del caso (¿justa o injusta?) y que, incluso, debe superar la sensación de desacierto que sólo cobra realidad por la posibilidad de la lectura de un proceso judicial que, entre nosotros, se registra íntegramente por escrito y no se presenta tan sólo por medio de la lectura de la sentencia y del recurso, y la comparecencia de la primera ante reglas constitucionales (para el caso del recurso de inconstitucionalidad local) con aplicación al caso, ya porque, en razón de su existencia e interpretación, determinaron, positiva o negativamente, la norma aplicable —validez o nulidad del derecho común local (infraconstitucional)— a la solución del caso o el tipo procesal que se utilizó para decidir. Ni una ni otra cosa sucedieron aquí, más allá del acierto o del desacierto del tribunal de mérito en su fallo, como lo expresa mi colega Luis Lozano.

2. Si bien no deseo adherir a su teoría sobre las "sanciones", al menos sin un estudio crítico que supere la mera mención semántica —yo ya he expresado algo en contrario en la literatura jurídica vernácula—, su culminación parece correcta, a mi juicio, pues, tal como ya lo he dicho en varios fallos anteriores (ver mi voto en expte. nº 3883, "Díaz Quintana, René s/art. 74, CC —apelación— s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y la cita allí incluida), no toda posición dispar de un litigante, respecto de la interpretación de una regla del derecho común que la sentencia acoge, puede ser considerada una lesión del principio de *legalidad* y, por ello mismo, la decisión sobre la impugnación de un acto administrativo, conforme a la interpretación que a la Cámara le merece el derecho positivo local vigente, tampoco puede significar una intromisión judicial en labores pertenecientes a la Administración. Por lo demás, resulta correcto indicar, como lo hace el señor juez Lozano, que la lesión real —en caso de existir— no emergería de las interpretaciones que la sentencia criticada funda razonablemente, sino, antes bien, de las reglas constitucionales que prevén la estabilidad de los empleos públicos, garantía de la que sólo es portador el actor que demanda y, por tanto, únicamente invocable por él.

3. La *arbitrariedad* denunciada como motivo único del recurso de inconstitucionalidad, no significa otra cosa —ahora sí, semánticamente— que la voz *agravio*, más utilizada académicamente para señalar un presupuesto de los recursos. Y ella, a su vez, no significa otra cosa que *perjuicio* que la decisión provoca por no haber aceptado los puntos de vista del recurrente en cuanto a la valoración del caso y a la determinación de la norma jurídica que le da solución. Pero, a más de toda la jurisprudencia del Tribunal sobre la excepcionalidad de la procedencia del recurso por este motivo, según señala la creadora del llamado *motivo* del recurso federal ante ella, nuestra CSJN (ver, por todos, expte. nº 5099/06, "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en : Palomes, Susana c/OsCBA y otros s/amparo [art. 14, CCBA]"), y de la opinión mía, varias veces más estricta que aquella (conf. mis votos 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. nº 2630/03 y sus acumulados exptes. nº 2538/03 y nº 2585/05, sent. del 12/8/2004, y sus citas; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]'", expte. nº 3565/04, resolución del 26/5/2005 y "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Lococo, Marcela c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]'", expte. nº 3792/05, resolución del 29/6/2005), tal perjuicio, innegable en el caso, no emerge en razón de una regla constitucional de mayor rango que las comunes y que habla sobre la validez de estas últimas, aplicadas en el caso, sino, tan sólo, de una discrepancia acerca de aquello que significa el caso y aquello que dice el derecho infraconstitucional local vigente, afirmación con la cual queda clausurada esta "tercera instancia", intentada sin derecho y por fuera de los límites de competencia del TSJBA, conforme a la ley que rige esa competencia judicial (CCBA, 113 y ley procesal local, 402).

4. Conforme a mi voto, que deja incólume la sentencia atacada y, por tanto, condena al fracaso a la queja, las costas del recurso deben ser soportadas por el recurrente, según el principio de la derrota, acogido por el derecho positivo vigente (CCAyT, 62).

Por ello, emitido el dictamen del Fiscal General Adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Admitir* la queja interpuesta, *hacer lugar parcialmente* al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA y *revocar parcialmente* la sentencia recurrida en cuanto consideró nula la resol. 160-SED/02 respecto de los hechos investigados sumario 595/99, con los alcances y efectos señalados en el punto 6 de los fundamentos del voto del juez José O. Casás.

2º. *Imponer* las costas en el orden causado.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique, se agregue la queja al expediente principal y se devuelva al tribunal remitente para que, por quien corresponda, remita las actuaciones a la instancia administrativa.

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

VIII

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA GENERAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES— C/GCBA S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD"

ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD: Ley Tarifaria para el año 2008. Vista al Fiscal General. Principio de división de poderes. Art. 21 de la ley 402. Obligatoriedad de la vista previa. Facultades instructorias del juez de trámite.

SUMARIOS:

1. Si bien la ley 402 sólo prevé la vista al señor Fiscal General luego de contestado el traslado por el demandado o vencido el plazo para hacerlo, no es menor la conveniencia de que el Tribunal corra vista a ese Ministerio Público de manera previa a decidir sobre la admisibilidad de la acción prevista en el art.113, inc. 2º de la CCBA. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde).*

2. El ejercicio pleno de las competencias propias de esta rama del Ministerio Público justifica darle participación en un proceso cuya misma tramitación importa

ejercer una competencia que comprende la potestad de derogar, entre otras normas de alcance general, a las leyes emanadas del órgano depositario de la voluntad general. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde).*

3. A diferencia de lo que ocurre en el control difuso, en la acción declarativa de inconstitucionalidad es el Fiscal quien está en mejor condición de aportar elementos en cuanto a si el debate debe o no internarse en la materia de fondo. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde).*

4. Si bien la ley 402 (art. 21, párr. 4º) es clara al indicar que el Fiscal General debe tomar intervención una vez declarada admisible la acción, corridos y contestados los traslados pertinentes, las facultades instructorias del juez de trámite comprenden la de decidir una vista previa en caso de que lo considere necesario, vista previa que no es obligatoria según la ley y que, por ello, representa tan sólo una facultad para el juez de trámite, de ejercicio eventual como toda facultad. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

5. Las acciones del art. 113, inc. 2º de la CCBA no se refieren a procesos adversariales en los cuales las partes se enfrentan en el marco de una controversia que expresa intereses opuestos, sino a conflictos normativos en los que el primer paso, como lo indica la ley 402, es la decisión del Tribunal respecto de la admisibilidad o inadmisibilidad de la acción interpuesta, sin vista previa al Ministerio Público. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 5726/08 - 18/2/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

A fs. 1/17 el Defensor General, doctor Mario Jaime Kestelboim, interpuso la acción prevista en el art. 113, inc. 2º de la CCBA para que se declare "la inconstitucionalidad de la cláusula transitoria segunda y del detalle del Anexo I, ley 2568, por su patente contrariedad con las normas contenidas en el art. 51 de la CCBA, en los arts. 4º, 17, 19, 28 y concs. de la C.N. y en el art. 17.2 de la DUDH" (fs.17).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

En ocasión de emitir el dictamen previsto por el art. 21, párrafo cuarto, ley 402, en el expte. nº 5167/07, "Unión de Músicos Independientes Asociación Civil c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", el señor Fiscal General señaló que consideraba prudente, siempre que no se afecte ni entorpezca el trámite de las actuaciones, que el Tribunal corra vista a ese Ministerio Público de manera previa a decidir sobre la admisibilidad de la acción prevista en el art. 113, inc. 2º, CCBA.

A raíz de ello, con motivo de las acciones de esta naturaleza planteadas en los exptes. nº 5520, "Corporación de rematadores y corredores inmobiliarios, Mutual c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", y nº 5541, "Ministerio Público, Asesora General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expresé mi opinión, que reitero ahora, acerca del beneficio de otorgar la vista mencionada.

Expresé en tales oportunidades que "...más allá de que la ley 402 sólo la prevé para la ocasión posterior contemplada en el apart. 4º del art. 21, no es menor la conveniencia que tendría solicitar su dictamen en la oportunidad señalada. Aunque es cierto que, al expedirse sobre el fondo, el representante fiscal podría abordar la cuestión de la admisibilidad e incluso propiciar su improcedencia formal, no lo es menos que lo haría en un momento posterior a aquel en el que el Tribunal habría podido aprovechar mejor sus argumentos".

"El ejercicio pleno de las competencias propias de esta rama del Ministerio Público justifica darle participación en un proceso cuya misma tramitación importa ejercer una competencia que comprende la potestad de derogar, entre otras normas de alcance general, a las leyes emanadas del órgano depositario de la voluntad general. En tal contexto, resulta indisputable la importancia de otorgar la vista en cuestión al órgano al que la CCBA encomienda custodiar el respeto de la legalidad, en representación de los intereses del pueblo que no participa del proceso (art. 125, inc. 1º, de la CCBA) así como la "normal prestación del servicio de justicia" (art. 125, inc. 2º, de la CCBA), misión que incluye velar por la preservación de la división de poderes. Precisamente, el mandato constitucional, dirigido a todas las ramas del Ministerio Público, que encomienda defender "la legalidad de los intereses generales de la sociedad", tiene para el Fiscal un significado específico. Mientras que incumbe al departamento Tutelar y al de la Defensa velar por el respeto de derechos de categorías definidas (v. gr. niños/as, adolescentes, incapaces, personas que carecen de otra representación letrada cuando son imputadas de delitos, contravenciones y/o faltas), sólo el Ministerio Público fiscal tiene expresamente encomendada la tarea de "[d]ictaminar en las cuestiones de inconstitucionalidad" (v. art. 17, incs. 1º, 2º, 5º y 6º, art. 33, inc. 5º, arts. 36, 42, 46, 49 de la ley 1903). La defensa de los intereses generales de la sociedad a que aluden la CCBA y la ley 1903 abarca, únicamente para el representante Fiscal, todas las materias susceptibles de ser sometidas a la intervención de los magistrados del Poder Judicial, por el lugar que ocupa en esa rama de gobierno".

"Aunque en la ADI la función aludida, a diferencia de lo que ocurre en el control difuso, también lo ocupa el GCBA o la autoridad que emitió la norma de alcance general impugnada, parece que, a la altura del proceso de la que estamos hablando, es el Fiscal, ciertamente, quien está en mejor condición de aportar elementos en cuanto a si el debate debe o no internarse en la materia de fondo. Es que, en el sistema constitucional adoptado por la CCBA, corresponde al juez obrar como árbitro imparcial en la solución de los procesos diseñados por el legislador.

Empero, es el Fiscal quien tiene la misión de evitar desbordes judiciales, para que el gobierno del pueblo a través de sus representantes no quede, en la práctica, reemplazado por el de los jueces, a quienes los constituyentes no confirieron esa potestad".

Por las razones dadas, voto por conferir vista al Fiscal General, por el plazo de cinco días (art. 133 del CCAyT al que remite el art. 2º de la LPT), para que dictamine en relación con la admisibilidad formal de la acción regulada por el art. 113, inc. 2º, de la CCBA, con carácter previo a la resolución del TSJBA que se expida sobre esa cuestión.

El juez José O. Casás dijo:

La ley 402, reglamentaria de los distintos procedimientos ante el Tribunal Superior de Justicia, entre los cuales se encuentra el consagrado en el art. 113, inc. 2º, de la CCBA (acción declarativa de inconstitucionalidad), sólo prevé dar intervención al señor Fiscal General luego de contestado el traslado por el demandado, o vencido el plazo para hacerlo, es decir, una vez producido el examen de admisibilidad por el Tribunal respecto de la acción (art. 21).

Sin perjuicio de ello, así como nada impide que el señor Fiscal General se pronuncie acerca de la admisibilidad en oportunidad de contestar la vista a que se refiere el mencionado art. 21 de la ley 402, o en la audiencia pública contemplada en el art. 6º del aludido precepto legal, circunstancia alguna obsta a que el Tribunal confiera dicha vista, claro está cuando lo considere pertinente en virtud de las peculiaridades del planteo constitucional (v. *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. I, 1999, Ad-Hoc, Buenos Aires, pp. 127 y ss.: "Bill, Juan Carlos c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 36/99, resolución del 16/6/1999; pp. 139 y ss.: "Losa, Néstor Osvaldo c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 48/99, resolución del 23/6/1999; pp. 482 y ss.: "Artes Visuales S.R.L. c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 51/99, resolución del 4/10/1999; pp. 686 y ss.: "Doy, Miguel c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 52/99, resolución del 22/12/1999; *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. II, 2000, Ad-Hoc, Buenos Aires, pp. 197 y ss.: "Arbitra S.A. c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. 386/00, resolución del 5/7/2000, entre otros).

Sentado lo expuesto, comparto la propuesta del señor juez de trámite, doctor Luis F. Lozano, consistente en correr una vista al señor Fiscal General con carácter previo al dictado de la sentencia que decidirá sobre la admisibilidad formal de la acción, en atención a las particularidades que el caso presenta.

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

Me adhiero al voto del juez de trámite doctor Luis F. Lozano.

La juez ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Disiento con la opinión del señor Juez de Trámite tal como lo hice en ocasión de pronunciarme en los exptes. nº 5520 y 5541 a los que remite en su voto. El Tribunal, desde el inicio de su gestión ha decidido acerca de la admisibilidad o inadmisibilidad de las acciones declarativas de inconstitucionalidad (art 113, inc. 2º, CCBA) sin correr vista al Ministerio Público.

El criterio adoptado antes de la sanción de la ley 402 fue receptado por esta norma en su art. 21, último párrafo que dispone: "Contestado el traslado o vencido el plazo para hacerlo se da intervención al Fiscal General por el plazo de diez (10) días para que dictamine. En casos excepcionales, cuando el plazo previsto resulte inadecuado conforme a la naturaleza del acto impugnado, el Tribunal podrá reducirlo o ampliarlo".

La opinión que el señor Fiscal General expresara en el expte. nº 5167/07 "Unión de Músicos Independientes Asociación Civil c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad" no cuestiona la norma citada, pero la ignora. Lo cierto es que las disposiciones del mencionado art. 21 no impiden que el Ministerio Público formule oportunamente en su dictamen todas las consideraciones que entienda necesarias.

En numerosos precedentes he señalado que las acciones del art 113, inc. 2º, CCBA no dan lugar a procesos adversariales, en los cuales las partes se enfrentan en el marco de una controversia que expresa intereses opuestos. Por lo contrario, en ellas se trata de conflictos normativos. En otros términos, los jueces están llamados a decidir si la norma impugnada por la actora se adecua o no a los principios, reglas o preceptos de la C.N. y/o de la CCBA. Y los requisitos exigidos por el art. 113, inc. 2º, CCBA y la ley 402 reconocen en estas acciones y en la actuación del Tribunal, peculiaridades que las diferencian claramente de cuaquier otro tipo de juicios (conf. "Massalin Particulares S.A. c/GCBA s/Acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 31/99, resolución del 5/5/1999, *Constitución y Justicia*, t. I, pp. 56-60; "Blanco María Susana c/GCBA s/acción de inconstitucionalidad y nulidad", expte. nº 42/99, resolución del 4/6/1999, *Constitución y Justicia*, t. I, pp. 73-76; "Doy, Miguel c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 52/99, resolución del 16/6/1999, pp. 134-136; "Federación Argentina de Box c/GCBA", expte. nº 49/99, resolución del 16/6/1999, pp. 132-133; "Farkas, Roberto y otro c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 7/99, resolución del 29/6/1999, pp. 148-151).

La ley 31 y sus modificatorias regulan la función del Ministerio Público, desde la perspectiva de otros tipos de juicios que justifican ampliamente la intervención que se otorga a ese órgano.

Por lo expuesto, el trámite en estas actuaciones debe proseguir como lo indica la ley 402, y el primer paso es la decisión del Tribunal respecto de la admisibilidad o inadmisibilidad de la acción interpuesta. Así lo voto.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Se ha requerido mi opinión acerca del momento en que debe correrse la vista al Fiscal General en las acciones declarativas de inconstitucionalidad con el fin de que tome intervención en el procedimiento. La ley es clara en ese sentido (nº 402, art. 21, párr. 4º): el Fiscal General debe tomar intervención una vez declarada admisible la acción, corridos y contestados los traslados pertinentes (art. 21), actividad para la cual la ley concede el plazo de 10 días.

2. Más allá de ello, estimo que las facultades instructorias del señor juez de trámite comprenden la de decidir una vista previa en caso de que lo considere necesario, vista previa que no es obligatoria según la ley y que, por ello, representa tan sólo una facultad para el juez de trámite, de ejercicio eventual como toda facultad.

Sintéticamente, mi opinión consiste en dejar libertad para que los respectivos jueces de trámite dispongan esta vista, previa al decidir sobre la admisibilidad de la acción, cuando la consideren necesaria o conveniente, y que se mantenga como obligatoria la vista del art. 21, párr. 4º de la ley 402.

Quiero agregar en esta decisión que no me opongo radicalmente a que los jueces de trámite, cuando lo juzguen conveniente, concedan esta vista al Ministerio Público fiscal o a cualquier otro órgano del Ministerio Público. Normalmente, ello no perjudicará la decisión, ni la afectará, y sólo aumentará en un paso procesal —con ello, también, sólo prolongará el tiempo de desarrollo del procedimiento— el contenido de actos del proceso. Así quiero expresar que ésta es una facultad perteneciente al juez de trámite del procedimiento —y, por tanto, a ningún otro—, así como el conceder la vista al Ministerio Público en la oportunidad del art. 21, de la ley local 402, es un deber —obligación— sólo a él inherente. Yo espero también que la Fiscalía General, requirente de esta solución con carácter general, no utilice esta ocasión para pronunciarse sobre el fondo de la cuestión, según la escasa experiencia obtenida hasta el momento me lo indica, sino tan sólo sobre la admisibilidad de la acción; para dictaminar sobre el fondo del problema planteado es necesario escuchar a todos los interesados.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Correr* vista al Fiscal General por el plazo de cinco (5) días, para que se expida en relación con la admisibilidad formal de la acción planteada en autos.

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

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

IX

"ADMINISTRACIÓN GENERAL DE PUERTOS C/GCBA S/RECURSO DE APEL. JUD. C/DECIS. DGR (ART. 114, C.F.) S/RECURSO DE APELACIÓN ORDINARIO CONCEDIDO" Y SUS ACUMULADOS EXPTE. Nº 5372/07, "GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'ADMINISTRACIÓN GENERAL DE PUERTOS C/GCBA S/RECURSO DE APEL. JUD. C/DECIS. DGR (ART. 114, C.F.)'" Y EXPTE. Nº 5250/07 "GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE APELACIÓN ORD. DENEGADO EN 'ADMINISTRACIÓN GENERAL DE PUERTOS S.A. C/GCBA S/RECURSO DE APELACIÓN JUDICIAL C/DECIS. DGR (ART. 114, C.F.)'"

RECURSO DE QUEJA. IMPUESTO SOBRE LOS INGRESOS BRUTOS: Determinación sobre base cierta. Evasión fiscal. "VALOR DISPUTADO EN ÚLTIMO TÉRMINO": Inclusión de la multa. Naturaleza penal de la multa. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Presentación extemporánea. Cómputo del plazo. Cuestión procesal. Principio procesal de eventualidad. RECURSO ORDINARIO DE APELACIÓN ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA: Hecho nuevo. Competencia del fuero contencioso administrativo y tributario de la Ciudad de Buenos Aires. OBLIGACIÓN TRIBUTARIA: Prescripción. Inexistencia de deuda. Tasas. Principio de reserva de ley en materia tributaria. ESTABLECIMIENTOS DE UTILIDAD NACIONAL: Potestad tributaria de la Ciudad de Buenos Aires.

SUMARIOS:

1. El recurso ordinario de apelación, regulado por el art. 26 de la ley 7, fue consagrado con la finalidad de que este Tribunal revise con amplitud aquellas sentencias que pudieran comprometer el patrimonio del Estado de la Ciudad de Buenos Aires. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

2. Dado que la multa tiene un carácter eminentemente represivo, y no resarcitorio, ella no está comprendida dentro del concepto de "valor disputado" a los efectos de admitir formalmente el recurso ordinario de apelación, ya que en esos casos no se encuentra comprometido de manera alguna el patrimonio de la Ciudad de Buenos Aires, lo cual priva al citado recurso de todo fundamento teleológico. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

3. El importe de las sanciones pecuniarias —para quien intenta percibirlas— no es reconducible al valor disputado en último término, 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. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

4. El cómputo del plazo para interponer un recurso es una cuestión procesal que no puede ser objeto del recurso de inconstitucionalidad, salvo supuestos de clara arbitrariedad o manifiesto error. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

5. El art. 28 de la ley 402 fija claramente que el plazo de interposición del recurso de inconstitucionalidad (diez días) debe computarse a partir de la notificación de la resolución que se cuestiona, de modo que aún encontrándose pendiente de resolución un recurso ordinario de apelación interpuesto por la misma parte, el recurrente debió haber interpuesto subsidiariamente el recurso de inconstitucionalidad, para evitar el vencimiento inexorable del plazo, que reviste carácter perentorio, en virtud del principio procesal de eventualidad. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

6. El hecho nuevo no sólo debe tener relación con la cuestión que se ventila, sino que además debe encuadrarse en los términos de la causa y objeto de la pretensión deducida en el proceso. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

7. Del régimen autónomo consagrado en el art. 129, C.N., y de las potestades legislativas en materia fiscal y tributaria reconocidas a la Legislatura porteña en los arts. 80, inc. 2º y 81, inc. 9º, CCBA, se desprende que la Ciudad de Buenos Aires goza y ejerce facultades tributarias propias, como las provincias junto a las que integra el sistema federal argentino y con las que concurre en el régimen de coparticipación previsto en el art. 75, inc. 2º, de la C.N., pudiendo regular tanto lo relativo al nacimiento de la obligación tributaria, como a su régimen de cumplimiento y a su exigibilidad, entre otros factores. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

8. La regulación de la prescripción liberatoria por el Código Civil está destinada a proyectarse sobre aspectos relativos a los efectos adjetivos de las relaciones sustantivas que ese cuerpo normativo contempla. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

9. Cuando el art. 75, inc. 2º de la C.N. establece que es atribución del Congreso Nacional dictar los códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, agrega “sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales”; expresión que no deja lugar a dudas respecto de los alcances de las disposiciones contenidas en la legislación común y que permite afirmar que, desde el punto de vista del diseño constitucional argentino, la jurisdicción tributaria local no se encuentra regulada por las disposiciones de los cuerpos normativos enunciados en dicho precepto. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

10. Aun cuando se sostenga que el límite de las potestades fiscales de las provincias y de la Ciudad de Buenos Aires está determinado por la exigencia de que la legislación dictada en su consecuencia no restrinja derechos acordados por normas de carácter nacional, tal circunstancia no se verifica en la cuestión sometida a estudio de este Tribunal, pues la propia norma que se impugna emanó del Congreso Nacional, que en la ocasión actuó en su antiguo rol de legislador local, y coincide en sus términos con otras disposiciones tributarias dictadas en el ámbito legislativo federal. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

11. El hecho imponible del impuesto sobre los ingresos brutos es la realización de una actividad habitual “a título oneroso” en reemplazo de la anterior noción de “propósito de lucro”, de modo que la actividad es realizada a cambio de contraprestaciones (conf. art. 1139, Cód. Civil), generando ingresos para el agente, y resulta

alcanzada por el impuesto, sin importar la existencia o no de finalidad lucrativa. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

12. Las tarifas que percibe la Administración General de Puertos por la prestación de servicios en la zona portuaria son "precios públicos" impuestos como retribución de la prestación de servicios o el permiso de uso de bienes públicos, pues han sido establecidas por la propia Administración General de Puertos o por el Ministerio de Obras y Servicios Públicos.

13. Si las tarifas que percibe la Administración General de Puertos fueran tasas, atento su naturaleza tributaria y en virtud del principio de legalidad imperante en dicha materia, su fijación debió emanar del Poder Legislativo Nacional. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

14. Los ingresos percibidos por la Administración General de Puertos integran la base imponible del impuesto sobre los ingresos brutos, ya que constituyen contraprestaciones recibidas por el ejercicio de una actividad gravada, y que ingresan y permanecen en sus arcas. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

15. El criterio para aceptar o excluir el ejercicio de poderes provinciales en establecimientos de utilidad nacional es la compatibilidad con el interés federal, y no la incidencia, ya que el ejercicio de una facultad por una provincia en un enclave de jurisdicción federal incide siempre en éstos. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

16. El ordenamiento jurídico vigente antes de la reforma constitucional de 1994 le otorgaba amplias facultades tributarias a la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, reconociéndole la potestad de regular y cobrar el impuesto sobre los ingresos brutos, de modo que las autoridades nacionales no pueden luego desconocer o menospreciar la plenitud de estas facultades. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

17. Las multas tributarias tienen naturaleza penal, pues funcionan esencialmente como 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, y su importe no puede ser computado como valor disputado en último término según lo prescribe el art. 26 de la ley 7. (texto conforme al art. 2º de la ley 189). *(Voto del señor juez José O. Casás).*

18. La identidad del órgano emisor de la ley 19.489 que estableció los plazos de prescripción tributaria para la Ciudad de Buenos Aires con el órgano titular de la atribución de sancionar los códigos de fondo (art. 75, inc. 11 de la C.N.), priva de andamiento a las articulaciones efectuadas con sustento en el art. 4027, inc. 3º del Cód. Civil. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

19. Corresponde desestimar el recurso ordinario de apelación intentado por la AGP porque la excepción opuesta y resuelta por el *a quo* como cuestión de previo y especial pronunciamiento no constituye sentencia definitiva; y la equiparación entre providencias anteriores o posteriores a la definitiva o la posibilidad de remitir cuestiones anteriores a una revisión coetánea con ella, que son admitidas en el marco del recurso federal o el de inconstitucionalidad, no lo son en el recurso ordinario. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

20. Si la instancia ordinaria de revisión ante el Tribunal fue habilitada por la Cámara para una sola de las partes, y denegada a la otra, y los recursos de ambas partes lograron demostrar que el valor económico de sus propios agravios supera —en cada caso— la suma de setecientos mil pesos, corresponde admitir la queja del Gobierno de la Ciudad, en atención a las particularidades del caso, con el fin de garantizar la igualdad procesal de las partes, conforme lo requiere el art. 27, inc. 5º, apart. c) del CCAyT, que es una derivación del derecho constitucional de igualdad ante la ley (art. 16 de la C.N.). *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E C. Ruiz, al que adhiere el señor juez Julio B. J. Maier).*

Expte. nº 5374/07 - 20/2/2008

VISTO:

el expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Dirección General de Rentas de la Ciudad de Buenos Aires dictó con fecha 28/12/1999 la resol. 4474-DGR/99 (fs. 17/20), que:

- determinó de oficio sobre base cierta el importe adeudado por la Administración General de Puertos (en adelante, la AGP) en concepto de ISIB correspondiente a los períodos fiscales 1988 —12º ant. mens.— y 1989 —1º a 12º ant. mens.—, que totaliza un monto de $ 996.414,78, más sus correspondientes intereses;
- le impuso a la contribuyente una multa por evasión fiscal de $ 996.414,78, equivalente al 100 % del impuesto evadido.

La AGP interpuso el correspondiente recurso de reconsideración contra dicho acto administrativo (fs. 21/23), que fue desestimado mediante la resol. 3668-DGR/00, dictada el 4/8/2000 por la Dirección General de Rentas (fs. 24/25).

2. La AGP interpuso el recurso judicial de apelación contra la resol. 3668-DGR/00 (fs. 28), que fue declarado procedente por la Sala II de la Cámara CAyT mediante sentencia dictada con fecha 13/2/2001 (fs. 77/78).

El recurrente presentó la pertinente expresión de agravios (fs. 117/134), que fue contestada por el GCBA (fs. 150/184).

3. La Cámara decidió resolver como cuestión previa el planteo de prescripción deducido por la AGP (ver actuaciones de fs. 135, apart. III, 147/148 y 185/187), lo que hizo mediante sentencia dictada el 20/6/2001, en la que rechazó la mencionada defensa (fs. 199/205).

La AGP dedujo el recurso ordinario de apelación contra esa decisión (fs. 213/214), que fue desestimado por la Cámara (fs. 215), lo que motivó la interposición de la subsiguiente queja (fs. 249/254).

Dicho recurso de queja fue admitido por el Tribunal Superior de Justicia, quien revocó el auto de Cámara que rechazó el recurso ordinario de apelación y ordenó tenerlo presente en orden al agravio referido a la prescripción y diferir su examen para el momento procesal pertinente, una vez dictada la sentencia definitiva y en tanto subsistan y se mantengan los agravios del recurrente (fs. 267/269).

4. A fs. 287 se abrió la causa a prueba, y se produjo la pericia contable obrante a fs. 314/324, que motivó el pedido de explicaciones de la AGP (a fs. 326) y la impugnación y pedido de explicaciones del GCBA (a fs. 332/335), lo que fue oportunamente contestado por el perito (a fs. 339 y 343/346, respectivamente).

A fs. 412 se pusieron los autos para alegar, ejerciendo dicha facultad la AGP a fs. 432/436, y el GCBA a fs. 437/457.

5. La Cámara dictó sentencia definitiva con fecha 30/11/2006, en la que resolvió rechazar la demanda a excepción de la sanción por evasión impuesta, la que fue dejada sin efecto, e impuso las costas en un 70 % a cargo de la actora y un 30 % a cargo de la demandada (fs. 459/474).

Esta resolución fue impugnada mediante tres recursos:

a) El GCBA interpuso recurso ordinario de apelación (fs. 478/479), que fue rechazado por considerar que no debe incluirse a la multa en el concepto de "valor disputado" a los efectos de admitir formalmente dicho recurso (fs. 483), lo que motivó la deducción de la subsiguiente queja contra la denegatoria (fs. 565/581).

b) El GCBA dedujo recurso de inconstitucionalidad (fs. 486/503), que fue declarado extemporáneo (fs. 504), decisión que fue cuestionada mediante correspondiente queja (fs. 745/757).

c) La AGP interpuso recurso ordinario de apelación (fs. 482), que fue concedido (fs. 483) y fundado en la pertinente expresión de agravios (fs. 515/519), oportunamente contestada por el GCBA (fs. 522/541).

6. El Fiscal General Adjunto dictaminó a fs. 644/645 y 766/768, y consideró:

a) La queja deducida por el GCBA contra la denegatoria del recurso ordinario de apelación debe ser rechazada ya que, conforme lo sostuvo la Cámara en la resolución cuestionada, no corresponde computar a la multa aplicada dentro del importe mínimo apelable, y de este modo el valor disputado en último término no supera los $ 700.000 requeridos por el art. 26, inc. 6º de la ley 7.

b) La queja interpuesta por el GCBA contra la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad debe ser rechazada, ya que el citado recurso de inconstitucionalidad se dedujo extemporáneamente.

c) El recurso ordinario de apelación interpuesto por AGP es formalmente admisible, ya que cumple con los requisitos exigidos por el art. 26, inc. 6º de la ley 7.

FUNDAMENTOS:

La jueza Ana María Conde dijo:

I. *Recurso de queja interpuesto por el GCBA contra la denegatoria del recurso ordinario de apelación.*

En cuanto a la presente queja, resultan aplicables los argumentos expuestos al emitir mi voto en las causas "Ingeniería Gastronómica S.A. c/Dirección General de Rentas" (expte. nº 3226/04), sent. del 17/3/2005, y "GCBA s/queja por recurso de apelación ord. denegado en 'GCBA c/Administración General de Puertos S.A. s/ejecución fiscal'" y su acumulado expte. nº 4972/06 'GCBA s/queja por recurso de apelación ord. denegado en 'GCBA c/Administración General de Puertos S.A. s/ejecución fiscal- otros'" (expte. nº 4909/06), resolución del 13/6/2007, doctrina coincidente con lo dicho por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos "Establecimiento Modelo Terrabusi", del 27/9/2001 (*Fallos,* 324:3083); "San Martín", del 21/8/2003; "Club Atlético Vélez Sarsfield", del 8/9/2003 (*LL,* 9/1/2004, p. 3); y "Hotel Presidente", del 23/3/2004 (*LL,* 31/5/2004, p. 6).

En dichos precedentes sostuve que el recurso ordinario de apelación, regulado por el art. 26 de la ley 7, ha sido consagrado con la finalidad de que este Tribunal revise con amplitud aquellas sentencias que pudieran comprometer el patrimonio del Estado de la Ciudad de Buenos Aires.

Por lo tanto, la multa no está comprendida dentro del concepto de "valor disputado" a los efectos de admitir formalmente el recurso ordinario de apelación ante este Tribunal, ya que en esos casos no se encuentra comprometido de manera alguna el patrimonio de la Ciudad de Buenos Aires, lo cual priva al citado recurso de todo fundamento teleológico.

Para arribar a esa conclusión, afirmé que las multas tienen un carácter eminentemente represivo, no resarcitorio, por lo que 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 punitorios contemplados en las normas fiscales.

Por estos fundamentos, y concordantemente con lo expresado por la Cámara al rechazar el recurso de apelación ordinaria, propongo que se rechace la queja articulada.

II. *Recurso de queja interpuesto por el GCBA contra la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad.*

El recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA ha sido declarado extemporáneo por la Cámara (ver fs. 504 vta., apart. 3º), por haber transcurrido con exceso el plazo de diez días previsto en el art. 28 de la ley 402, contado desde la *notificación de la sentencia.*

El recurrente discrepa con dicha resolución, a la cual califica de arbitraria, por considerar que el mencionado plazo de diez días para interponer el recurso

de inconstitucionalidad, debía contarse a partir de la *notificación del rechazo del recurso ordinario de apelación,* ya que nunca pudo prever el resultado negativo de su recurso ordinario de apelación, motivo por el cual nada justificaba la interposición del recurso de inconstitucionalidad (fs. 751 vta.). Además, sostiene que "... si el *ad quem* no comparte los argumentos dados por mi representada en relación a la temporaneidad de la presentación, debió mínimamente decir cuáles eran los motivos por los cuales dichos argumentos no podían ser acogidos. Pero el *ad quem* nada dice..." (fs. 752 vta.).

En primer lugar, cabe afirmar que, como principio general, las cuestiones procesales —como lo es el cómputo del plazo para interponer un recurso— no pueden ser objeto del recurso de inconstitucionalidad, salvo supuestos de clara arbitrariedad o manifiesto error. Así lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación ante situaciones análogas a la presente, al afirmar que aquel pronunciamiento que deniegue el recurso extraordinario federal por haberse interpuesto fuera de plazo, no es revisable por el Tribunal cuando interviene a raíz de la queja respectiva, salvo en el caso de que aquél adolezca de manifiesto error legal o de cómputo del plazo (*Fallos,* 240:422; 242:521; 247:114 y 544; 249:292; 251:524; 254:113; 258:36; 261:409; 290:381; 292:479; 293:225 y 463; 296:428; 298:432; 304:1179; 307:2029; 308:1679; todos ellos citados en Palacio, Lino Enrique: *El recurso extraordinario federal. Teoría y técnica*, p. 290, nota a pie de página nº 23, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992).

Pero ello no ocurre en el presente caso. En efecto, el art. 28 de la ley 402 dice que el recurso de inconstitucionalidad "...se interpone (...) ante el tribunal que ha dictado la resolución que lo motiva y dentro del plazo de diez (10) días contados a partir de su notificación". Allí está claramente fijado el momento a partir del cual debe comenzar a computarse el plazo de interposición del recurso: la notificación que la resolución que se cuestiona.

Por lo tanto, y aun cuando se encontrara pendiente de resolución un recurso ordinario de apelación interpuesto por la misma parte, el recurrente debió haber interpuesto subsidiariamente el recurso de inconstitucionalidad, para evitar el vencimiento inexorable del plazo, que reviste carácter perentorio. Y ello en virtud del *principio procesal de eventualidad,* que impone la proposición *simultánea* —y no sucesiva— de defensas, pruebas y recursos que se pudieren oponer subsidiariamente, de manera que en caso de que una de ellas sea rechazada, la parte pueda obtener un pronunciamiento favorable respecto de la otra u otras (Arazi, Roland, "Derecho Procesal Civil y Comercial. Parte general y especial", p. 149, Astrea, Buenos Aires, 1995).

En virtud de lo expuesto, la queja deducida por el GCBA debe ser rechazada.

III. *Recurso ordinario de apelación interpuesto por la AGP contra la sentencia definitiva de Cámara.*

Habida cuenta que son varios los agravios deducidos por la AGP, serán analizados por separado.

III.1. *Incompetencia. Hecho nuevo.*

La recurrente invoca como hechos nuevos a tres sentencias dictadas en el marco de procesos judiciales entablados entre el GCBA y la AGP, una por la Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, otra en la Sala II del mismo fuero, y la última por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sostiene que dichas resoluciones declararon incompetente al fuero contencioso administrativo local para tramitar pretensiones tributarias, y por tratarse de sentencias recaídas con fecha posterior al inicio de los presentes autos, para evitar sentencias contradictorias solicita se disponga la remisión de estos autos al fuero en lo Contencioso Administrativo Federal (fs. 516 y vta.).

En primer lugar, cabe señalar que el hecho nuevo no sólo debe tener relación con la cuestión que se ventila, sino que además debe encuadrarse en los términos de la causa y objeto de la pretensión deducida en el proceso (Palacio, Lino E.: *Manual de derecho procesal civil*, 17ª ed. actualiz., LexisNexis, Buenos Aires, 2003, p. 410). Las sentencias recaídas en otras causas, en las que se ventilan cuestiones distintas y que no han sido acumuladas a la presente, ninguna incidencia procesal pueden tener en ésta. Postular lo contrario significaría expandir el alcance de una resolución dictada en una causa a otro diferente, que se encuentra en un estado procesal distinto y ante otros jueces, lo que resulta improponible.

Ahora bien, si se considera al presente un planteo de incompetencia, resulta claramente extemporáneo, una tardía reflexión, y además implica ponerse en contradicción con sus propios actos anteriores.

En efecto, si la AGP consideraba que era el fuero Contencioso Administrativo Federal el que debía tramitar su pretensión de revocación de los actos administrativos dictados por la Dirección General de Rentas de la Ciudad de Buenos Aires, debió haber iniciado la presente acción judicial allí, y no en la Justicia local. Pero decidió presentar el recurso de apelación judicial previsto en los arts. 113 y 115 del C.F. año 2000 (fs. 28), a tramitar en el fuero Contencioso Administrativo de la Ciudad, y en la fundamentación de dicho recurso no hizo absolutamente ninguna mención sobre la presunta incompetencia de la Justicia local (fs. 117/134).

Por lo tanto, es aplicable la doctrina permanente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, según la cual el voluntario sometimiento, sin reserva expresa, a un régimen jurídico, a una decisión judicial o a una determinada jurisdicción, comporta un inequívoco acatamiento que fija la improcedencia de impugnación posterior con base constitucional (*Fallos,* 316:1802, 1804, consid. 7º y sus citas, entre otros).

En virtud de lo expuesto, considero que debe rechazarse la pretendida declaración de incompetencia.

III.2. *Excepción de prescripción.*

Este Tribunal ha resuelto, en la resolución de fs. 267/269, diferir para este momento procesal el examen de la admisibilidad de la defensa de prescripción

opuesta por la AGP, siempre que subsistan y se mantengan los agravios, lo cual ha ocurrido en el presente caso, ya que la recurrente volvió a insistir con dicha defensa en el escrito de fs. 515/519.

Pues bien, la recurrente sostiene que la Cámara ha guardado silencio respecto del tratamiento de la defensa de prescripción, e insiste con proponer la aplicación al presente caso del plazo de prescripción quinquenal previsto en el art. 4027, inc. 3º del Cód. Civil por sobre el plazo decenal contemplado en el Código Fiscal de la Ciudad de Buenos Aires, con fundamento en el principio de supremacía y jerarquía normativa derivado del art. 31, C.N., y en el art. 75, inc. 12, C.N. (ver fs. 515 vta.).

a) En primer lugar, y como acertadamente sostiene el GCBA a fs. 528/530 apart. VII-1, resulta claramente erróneo que la AGP alegue omisión en el tratamiento de la defensa de prescripción, ya que la Cámara expresamente se expidió sobre dicho planteo en la resolución de fs. 199/205, dictada con fecha 20/6/2001.

b) En segundo lugar, en cuanto al plazo de prescripción aplicable, este Tribunal se ha expedido sobre un planteo similar 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. nº 2192/03, resolución del 17/11/2003, y ha mantenido la misma doctrina en "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. nº 2594/03, resolución del 11/5/2004. Es por ello que los principales lineamientos fijados en ambas resoluciones serán reproducidos a continuación.

Se desprende del régimen autónomo consagrado en el art. 129, C.N., y de las potestades legislativas en materia fiscal y tributaria reconocidas a la Legislatura porteña en los arts. 80, inc. 2º y 81, inc. 9º, CCBA, que la Ciudad de Buenos Aires goza y ejerce facultades tributarias propias, como las provincias junto a las que integra el sistema federal argentino y con las que concurre en el régimen de coparticipación previsto en el art. 75, inc. 2º, de la C.N.

Aun cuando se intentara adoptar una postura restrictiva de la autonomía, ella no encontraría —en este punto— sustento ni en la ley 24.588, que en su art. 8º reconoce expresamente el ejercicio por los órganos del gobierno local de las facultades tributarias a las que alude, ni en la propia tradición histórica, ya que anteriormente a la reforma constitucional de 1994 el Congreso Nacional, en uso de sus antiguas facultades como legislador local, había regulado la prescripción de las acciones y poderes de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires para determinar y exigir el pago de los impuestos y demás contribuciones integrantes de su sistema rentístico, mediante la ley 19.498.

Y dentro del ejercicio de las potestades tributarias autónomas es lógico que la normativa local pueda regular tanto lo relativo al nacimiento de la obligación

tributaria, como a su régimen de cumplimiento y a su exigibilidad, entre otros factores.

c) La prescripción liberatoria extingue la acción del acreedor —a diferencia de la caducidad, que extingue el derecho— en virtud de su inactividad por el lapso fijado en la ley. Aparece, así como una excepción para repeler una acción por el solo 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 (conf. art. 3949 del Cód. Civil); su fundamento se encuentra en la seguridad jurídica que se deriva del hecho de que el deudor de una obligación no esté expuesto, *sine die,* a la acción del acreedor sobre su patrimonio.

No es un hecho menor que la defensa de prescripción deba ser expresamente planteada por el deudor y que, de no ser planteada, en una demanda iniciada una vez transcurrido su plazo, podrían concluir en un pronunciamiento condenatorio del deudor, porque no puede ser declarada de oficio; ello nos da una pauta de su estrecha vinculación con el ámbito legal adjetivo, que en su operatividad local no es resorte de las autoridades federales.

La regulación de la prescripción liberatoria por el Código Civil está, entonces, destinada a proyectarse sobre aspectos relativos a los efectos adjetivos de las relaciones sustantivas que ese cuerpo normativo contempla. Si tenemos en cuenta que las provincias no han delegado en el Gobierno Federal el dictado de los códigos de procedimientos, parece razonable pensar que el legislador federal, al dictar las normas que constituyen la legislación común de la República, ha querido asegurarse —con criterio debatible desde el punto de vista constitucional— cierta homogeneidad en algún aspecto atinente a tal regulación. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha entendido, así, que "...la facultad del Congreso Nacional para dictar tales códigos comprende las de establecer las formalidades necesarias para hacer efectivos los derechos que reglamenta..." (*Fallos,* 320:1345, consid. 7º).

Toda vez que esa regulación constituye un avance sobre las facultades inherentes a los estados que integran el sistema federal, debe considerársela limitada a las relaciones jurídicas establecidas con base en los cuerpos normativos mencionados en el art. 75, inc. 12 de la C.N., aun cuando se parta de una relación jurídica de derecho público —v. gr. cuando se demanda un estado provincial por daños y perjuicios derivados de una relación de derecho público—. Pero es claro que no puede admitirse su aplicación en materias cuya regulación no ha sido delegada en el gobierno federal, como es la tributaria local.

Es importante destacar que, cuando en la norma constitucional citada se establece que es atribución del Congreso Nacional la de "dictar los códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados...", se agrega *"...sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales..."* —el destacado está ausente en el original—; expresión que no deja lugar a dudas respecto de los alcances de las disposiciones contenidas en la legislación común y que permite afirmar que, desde el punto de vista del diseño constitucional

argentino, la jurisdicción tributaria local no se encuentra regulada por las disposiciones de los cuerpos normativos enunciados en el precepto citado.

Nada obsta a que la legislación común civil sea aplicada analógicamente en materia administrativa o tributaria, en defecto de una regulación específica; pues ello constituye una lógica práctica jurídica destinada a dar solución a cuestiones, problemas o casos que no se hallan regulados por un precepto concreto. Así, ante un supuesto de vacío legislativo —que no se verifica en el caso— podrían aplicarse *supletoriamente* los plazos de prescripción contemplados en el Código Civil, que regulan las relaciones entre acreedores y deudores *en el ámbito del derecho privado,* y no las que se originan entre el Estado y sus gobernados cuando aquél obra como poder público en ejercicio de su soberanía e imperio (SCBA, 18/7/2001, "Sánchez, Adrián M. s/conc. prev. s/inc. de rev. por: Provincia de Buenos Aires", publicado en *LL,* 2002-A, pp. 437 y ss.); pero cualquier traslación e interpretación debe efectuarse con criterios analógicos, teniendo en consideración la naturaleza de los intereses involucrados; pues es claro que la percepción de tributos por el Estado es indispensable para la existencia del gobierno. No son pocas las oportunidades en las que la legislación tiene en especial consideración la naturaleza de las actividades del acreedor para conferirle facultades de las que no gozan otros créditos.

Una interpretación contraria, como la que postula el recurrente, implicaría limitar notoriamente al poder tributario local, que no podría ser ejercido con plenitud, si las provincias y la Ciudad de Buenos Aires debieran abstenerse de regular un aspecto trascendental cual es la prescripción de las acciones fiscales.

d) Los plazos de prescripción no se vinculan, necesariamente, con los efectos de la *propia desidia* de los gobiernos locales en el ejercicio de las acciones —conf. considerando 7º del voto de la mayoría de la Corte Suprema de Justicia en la causa "Filcrosa S.A. s/quiebra s/incidente de verificación de Municipalidad de Avellaneda", del 30/9/2003—. Siguiendo ese criterio, debemos entender que cuando el legislador federal fija un plazo de prescripción lo hace evaluando la propia desidia del Estado Nacional y debemos, entonces, preguntarnos ¿por qué quien elabora leyes en el ámbito nacional puede realizar tal juicio de valor y no pueden hacerlo los representantes del pueblo de una provincia o de esta Ciudad? Antes bien, debemos entender que organizaciones complejas como las gubernamentales atienden a procesos de toma de decisión y a necesidades operativas y de organización que, naturalmente, presentan un volumen y grado de dificultad de gestión que difiere notoriamente de un lugar del país a otro y de las relaciones entre los particulares; aspectos éstos que pueden ser valorados adecuadamente por los legisladores locales; quienes —con relación a aquellas materias no comprendidas en la delegación constitucional en el gobierno federal, v. gr. materia administrativa y tributaria— pueden establecer plazos de prescripción que se sujeten a pautas objetivas de razonabilidad, que no sean arbitrarios y que no constituyan una vía indirecta de afectación de los derechos de los habitantes; supuestos que no se verifican en la especie.

En "Filcrosa", una causa en la que se había rechazado la defensa de prescripción opuesta por la sindicatura de la fallida con relación al crédito por tasas

municipales verificado por la comuna de Avellaneda, invocando diversos precedentes, la mayoría del Máximo Tribunal consideró que las provincias carecen de facultades para establecer normas que se aparten de lo regulado en el Código Civil, incluso cuando se trata de regulaciones concernientes a materias de derecho público local. Tal criterio mayoritario discrepa con lo sostenido más arriba respecto de la naturaleza del instituto de la prescripción liberatoria y de sus proyecciones en ámbitos rituales no delegados por las provincias en el Estado federal. Por otra parte, de su lectura se desprende que el voto mayoritario ha soslayado tal aspecto relevante de la cuestión.

En ese mismo fallo, el voto minoritario de los jueces Petracchi y Maqueda determinó que "...cabe asimismo advertir que la ley nacional aplicable en materia de tasas fija en diez años el plazo de prescripción para esa clase de obligaciones (ver disidencia de los jueces Petracchi y Barra en *Fallos,* 313:1366). Cuando la legislación nacional modifica el plazo común fijado en el Código Civil, modificándolo, no cabe admitir el argumento de que sean inválidas las leyes provinciales que fijan un plazo de prescripción igual para la extinción de las obligaciones de la misma índole" [conf. consid. 14]. Si los plazos de prescripción previstos en el Código Civil rigen para todos los sujetos de derecho, incluyendo los mencionados en el inc. 1º del art. 33 de ese cuerpo normativo, la circunstancia a la que aluden los ministros que suscribieran este voto —objetivamente verificable, por cierto— denuncia la existencia de una norma que no respeta tal premisa, lo que llevaría a concluir que el legislador incurrió en una anomalía sistémica y —por ende— que actuó con inconsecuencia; conclusión a la que no arribaríamos de sostener que los plazos del Código Civil no rigen, directamente, en materias que no son de derecho común a todo el país, distintas de las reguladas por ese cuerpo legal. Tal circunstancia concurre a demostrar la corrección de la solución que se propicia.

Con relación a lo destacado en el párrafo anterior, es adecuado señalar que en el orden federal han existido muchas normas que fijaron plazos de prescripción específicos en materia tributaria. Así, por ejemplo, encontramos el dec. 14341/46; las leyes 11.683 y 11.585; la ley 14.393, de 1954, que pautó un plazo de cinco años para el cómputo de la acción de repetición de tributos y aún el dec. ley 23.598/56 que llegó a establecer, en su art. 5º, la imprescriptibilidad del impuesto y multa respecto de contribuyentes no inscritos, disposición que fuera dejada sin efecto por la ley 15.273, de 1960.

Pues bien, lo relativo al alcance que cabe asignar a las normas tributarias implicadas en el caso es una cuestión de "derecho local", al que no cabe, sin más, aplicar los precedentes de la Corte Suprema de Justicia, ya que 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, sent. del 4/7/1985) y, en todo caso, 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).

Aun cuando se sostenga que el límite de las potestades fiscales de las Provincias y 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 (*Fallos,* 304:163 y 316:2182, entre otros), tal circunstancia no se verifica en la cuestión sometida a estudio de este Tribunal, pues la propia norma que se impugna emanó del Congreso Nacional, que en la ocasión actuó en su antiguo rol de legislador local, y coincide en sus términos con otras disposiciones tributarias dictadas en el ámbito legislativo federal, a las que se hiciera referencia *supra.*

e) En mérito a lo expuesto, debe confirmarse la sentencia de Cámara, en cuanto determina la aplicación al caso del plazo de prescripción decenal contemplado en el art. 1º, inc. b de la ley 19.489.

III.3. *Nulidad de resoluciones administrativas.*

La recurrente aduce la nulidad de las resoluciones administrativas que determinan la deuda tributaria, y la fundamenta en cuatro argumentos (fs. 516 vta./518 vta.), que serán analizados a continuación:

El GCBA impidió la sustanciación de prueba respecto de hechos incluidos en períodos fiscales de prescripción inminente, con fundamento en el art. 116, inc.16 del C.F. (t.o. 2000), cuya declaración de inconstitucionalidad solicita.

La pretensión del Fisco resulta improcedente atenta la falta de onerosidad de la actividad que desarrolla la AGP, la que se halla sostenida por tasas y tarifas y no precios.

La AGP es un ente de utilidad nacional, y la pretensión del Fisco local causa una grave intromisión e interferencia en su actividad propia.

Subsidiariamente, se agravia respecto de la particular metodología empleada para arribar a la base imponible, ya que los cálculos los efectuó sobre una base presunta y violentando los hechos imponibles para el cálculo de un tributo presuntamente exigible.

a) *Nulidad del procedimiento administrativo por denegación de la prueba ofrecida por la AGP.*

A fs. 70/71 de la carpeta interna nº 81.423, la Dirección General de Rentas dictó la resol. 3599-DGR/99 en virtud de la cual inició el procedimiento de determinación de oficio, instruyó sumario a la AGP, y confirió vista de las actuaciones a la contribuyente para que realice su descargo, aclarando que el pedido de prórroga para la presentación del descargo y/o la sustanciación de cualquier medida probatoria que se solicite quedará supeditada a la renuncia de la prescripción.

A fs. 86 vta. de las actuaciones administrativas, en ocasión de formular el descargo, la AGP ofreció prueba informativa. Más precisamente, solicitó se libre oficio al Ministerio de Economía y Obras Públicas a fin de que informe si las tasas de servicios aplicadas por la AGP en los períodos cuestionados (1988 y 1989) fueron calculadas teniendo en cuenta la eventual incidencia del impuesto a los ingresos brutos que podría cobrar la entonces Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires,

y que remita copia de las tarifas vigentes en dichos períodos. Y dejó planteada la inconstitucionalidad del art. 107, inc. 16 del C.F., en cuanto limita la producción de prueba a quince días cuando existiera la hipótesis de la prescripción inminente de la acción fiscal paras determinar el tributo (fs. 87).

La Dirección General de Rentas no ordenó producir dicha prueba, y dictó la resol. 4474-DGR/99 (fs. 105/108 de las actuaciones administrativas), que luego, ante el recurso de reconsideración interpuesto por AGP, fue confirmada por la resol. 3668-DGR/00 (fs. 14/15 de la carpeta interna nº 75.146), en la que se sostuvo que en el ámbito administrativo no puede debatirse ni resolverse sobre la constitucionalidad de una norma, cuestión que debe dilucidarse ante el Poder Judicial.

Como acertadamente destaca el fundado fallo de la Cámara, previo a expedirse sobre la constitucionalidad de la norma cuestionada, corresponde determinar si el medio probatorio ofrecido y denegado en sede administrativa es o no conducente para la resolución del caso de autos, porque de no ser así, no existiría agravio para el recurrente.

Lo cierto es que la previsión o no en el cuadro tarifario de la incidencia del ISIB no tiene ninguna trascendencia a los efectos de determinar *a)* si la AGP se encuentra o no exenta del ISIB, *b)* si se configura el hecho imponible y *c)* si resulta correcta la conformación de la base imponible. La traslación es un fenómeno económico que no incide ni tiene vinculación jurídica con el nacimiento de la obligación tributaria.

Y la prueba denegada tampoco interesa a los efectos de determinar si la pretensión fiscal interfiere o no en el cumplimiento de los fines de la empresa estatal, ya que, como veremos a continuación, la imprevisión de las autoridades nacionales no pueden restringir las facultades tributarias locales.

Por lo tanto, al resultar inconducente el medio probatorio ofrecido, la denegación del mismo por parte de la Dirección General de Rentas no le causó ninguna afectación a derechos o intereses de la AGP, y al no existir agravio alguno corresponde desestimar el planteo de nulidad.

En consecuencia, resulta inoficioso pronunciarse sobre la constitucionalidad del art. 107, inc. 16 del C.F. del año 1999 (ley 150), ya que el planteo se ha tornado abstracto.

b) *Inexistencia de deuda tributaria.*

i) La recurrente sostiene que "...se trata de un establecimiento de utilidad nacional que atiende un servicio público sostenido a través del cobro de Tasas y Servicios y precios públicos; el carácter tributario de las tasas de servicios y la ausencia de finalidad lucrativa excluye a la actividad portuaria del ámbito de aplicación del impuesto a los ingresos brutos" (fs. 518).

De ello se desprende que dos son los planteos que realiza la recurrente:

- por un lado, afirma que no se constituiría el *hecho imponible* del ISIB, ya que no existe finalidad lucrativa en la actividad de la AGP;

– por otro lado, aduce que los ingresos de la actora no integran la *base imponible* del ISIB, ya que se trata de "tasas", de naturaleza tributaria.

ii) Con respecto a la invocada ausencia de finalidad lucrativa en la actividad de la AGP, es conveniente realizar ciertas consideraciones previas.

En el año 1948, en el ámbito de la provincia de Buenos Aires, se creó el denominado "impuesto a las actividades lucrativas", y poco tiempo después la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires comenzó a recaudar un impuesto con las mismas características. De esta manera, se hacía abstracción de los propósitos del sujeto que desarrollaba la actividad, para considerar exclusivamente las características de ésta, que debía ser "lucrativa" para considerarse alcanzada por dicho impuesto.

Luego de una interrupción en el año 1975, en el cual rigió el derecho de patente, en el año 1976 renació el gravamen que pasó a denominarse "impuesto a las actividades con fines de lucro". Por lo tanto, ya no se habla de una característica objetiva e intrínseca de la actividad, sino que se introduce un elemento subjetivo atribuible al sujeto pasivo: éste debía ejercer la actividad habitual con propósito de lucro.

Finalmente, en el año 1978, el gravamen pasó a llamarse "impuesto sobre los ingresos brutos", y el hecho imponible pasó a ser la realización de una actividad habitual "a título oneroso" en reemplazo de la noción de "propósito de lucro". Es así que se dejó de lado el aspecto intencional del fin de lucro, que fue reemplazado por el elemento objetivo de la existencia de contraprestaciones a cambio de la actividad desplegada, y esta nueva descripción del hecho imponible continúa hasta la actualidad (Bulit Goñi, Enrique G.: *Impuesto sobre los ingresos brutos,* 2ª ed., actualiz. y ampl., Depalma, Buenos Aires, 1997, pp. 73/78).

Para que se configure el hecho imponible ya no resulta necesario que las actividades sean lucrativas y que el propósito de su ejercicio sea el lucro. Lo que ahora interesa es que se trate de actividades habituales generadoras de ingresos brutos (Villegas: *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario,* 7ª ed., ampl. y act., Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 703).

Así surge del art. 82 de la ordenanza fiscal 40.731 —vigente al momento de generarse la deuda tributaria de autos—, que describe el hecho imponible del ISIB en los siguientes términos: "Por el ejercicio habitual y a título oneroso en la Capital Federal del comercio, industria, profesión, oficio, negocio, locaciones de bienes, obras y servicios, o de cualquier otra actividad a título oneroso, cualquiera sea el resultado obtenido y la naturaleza del sujeto que la preste, incluidas las cooperativas, y el lugar donde se realiza (zonas portuarias, espacios ferroviarios, aeródromos y aeropuertos, terminales de transporte, edificios y lugares del dominio público y privado, y todo otro de similar naturaleza), se pagará un impuesto de acuerdo con las normas que se establecen en el presente capítulo".

Por lo tanto, a los efectos del ISIB, resulta intrascendente si la AGP realizó su actividad con o sin *finalidad lucrativa,* ya que dicho concepto no integra el

hecho imponible. En otras palabras, si la actividad es realizada a cambio de contraprestaciones, es decir a título oneroso (conf. art. 1139, Cód. Civil), generando ingresos para el agente, resulta alcanzada por el ISIB, sin importar la existencia o no de finalidad lucrativa.

En conclusión, el argumento desarrollado por la recurrente en torno a la ausencia de *finalidad lucrativa* como determinante de la inexistencia de deuda resulta claramente improcedente. Lo que interesa, a los efectos de determinar si se configura el hecho imponible, es el *carácter oneroso* de la actividad que desarrolla la AGP, cuestión que implícitamente reconoce la recurrente al admitir recibir contraprestaciones por los servicios que presta, lo que además surge de los libros contables analizados por el perito contador (ver informe de fs. 314/324).

iii) En cuanto a la naturaleza jurídica de los ingresos recibidos por la AGP, existen dos posturas contrapuestas, que fueron explicadas en forma más detallada al fundar y contestar el recurso judicial de apelación:

- la AGP sostiene que los ingresos que recibe son "tasas" y no precios, debido a su origen tributario legal y no contractual, y porque es una forma de financiar el gasto público a través de un recurso diferenciado, vinculado a la prestación requerida al Estado por el usuario (ver fs. 128/129);
- el GCBA afirma que la AGP percibe una retribución que se ajusta a la naturaleza jurídica de "precio o tarifa" a cambio de los servicios que presta en cada caso por su actividad (fs. 168 vta./172).

Previo a todo, cabe destacar que en la dilucidación de esta problemática no resulta vinculante ni reviste trascendencia la calificación jurídica contenida en las distintas normas legales, sino la real y verdadera naturaleza de los ingresos recibidos por la AGP, conforme la pauta interpretativa consagrada en el art. 9º de la ordenanza fiscal vigente en los períodos reclamados (conforme texto modificado por Ordenanza 42.561), que privilegia la consideración de la realidad económica.

Ahora bien, la diferenciación entras "tasas" y "precios públicos" ha desvelado a la doctrina tributaria, y resulta una cuestión sumamente compleja de aprehender, ya que en ambos casos existe una contraprestación pecuniaria a cambio de la prestación de un servicio de interés público individualizado hacia el sujeto pasivo, lo cual implica semejanzas ontológicas.

Es por ello que Jarach sostiene —rectificando posturas anteriores— que entre las tasas y el precio público sólo hay una diferencia de grado, ya que también en el precio público hay una cierta coerción evidenciada por el contrato de adhesión, como también la hay en los precios de los monopolios fiscales en razón de la prohibición de la concurrencia por parte de empresas privadas; y por otro lado, no puede excluirse siempre la relevancia de la voluntad individual en la creación de la tasa, por ejemplo en el caso de públicas concesiones. De tal manera, sería aceptable la doctrina de la evolución escalonada desde el precio privado hasta la tasa-precio político, según Einaudi, doctrina compartida por Seligman y el propio Jarach (Jarach, Dino: *Finanzas públicas y derecho tributario*, 3ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, pp. 237/238).

Existen otras posturas que intentan explicar la diferencia entre tasas y precios públicos, entre las que cabe destacar aquella según la cual la ejecución de actividades inherentes a la soberanía, que tienen la posibilidad de ser divisibles, sólo puede dar lugar a tasas, mientras que las otras sumas que el Estado exija como contraprestación de un bien, la concesión de un uso o goce, la ejecución de una obra o la prestación de un servicio no inherente, da lugar a un precio, que podrá ser un precio público, pero no una tasa (Villegas, Héctor B.: *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*, Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 97).

iv) Sentado lo expuesto, en cuanto a las tarifas que percibe la AGP por la prestación de servicios en la zona portuaria, considero que se trata de "precios públicos" impuestos como retribución de la prestación de servicios o el permiso de uso de bienes públicos.

En primer lugar, las tarifas han sido establecidas por la propia Administración General de Puertos o el Ministerio de Obras y Servicios Públicos (ver enumeración realizada por el perito contador a fs. 317 vta./318 vta.). Si se hubiera tratado de tasas, atento su naturaleza tributaria y en virtud del principio de legalidad imperante en dicha materia, la fijación de su tarifa debió emanar del Poder Legislativo Nacional.

Además, cabe mencionar que la AGP tiene por objeto "...la dirección, administración y explotación de los puertos comerciales de la República cuya gestión le haya sido confiada por el Poder Ejecutivo Nacional..." (art. 5º del Estatuto de la Administración General de Puertos, aprobado por dec. nacional 1456/1987), y entre las funciones de su Directorio figura "...someter a la aprobación de la autoridad competente el régimen de las siguientes tarifas: *a)* Uso de Puerto: ultramar tabla dólar y cabotaje tabla australes. *b)* Almacenaje: importación, exportación y removido. c) Servicio a las Cargas: combustibles, aceites, alcoholes, etc. (líquidos a granel)..." (art. 14, inc. j] del citado Estatuto). De esta transcripción podemos inferir que la AGP desempeña un fin comercial, y en el desempeño de la misma puede cobrarles a los operadores del sistema portuario determinados precios regulados por la autoridad de aplicación, atento el interés público comprometido.

Pero aun cuando consideráramos que los ingresos percibidos por la AGP podrían calificarse como "tasas", también integrarían la base imponible, ya que constituyen contraprestaciones recibidas por el ejercicio de una actividad gravada, y que ingresan y permanecen en las arcas de la AGP. En cambio, si fueran recibidas por la AGP para ser ingresadas al Fisco nacional, no integrarían la base imponible del ISIB ya que estaríamos frente a un supuesto de "ingresos en tránsito" y no reales retribuciones de una actividad gravada (conf. Bulit Goñi, Enrique G.: *Impuesto sobre los ingresos brutos,* 2ª ed. act. y ampl., Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 111), pero éste no es el caso.

Por todo lo expuesto, cabe rechazar el planteo del recurrente referido a que sus ingresos no integran la base imponible del ISIB.

c) *Interferencia de la pretensión fiscal en el cumplimiento de los fines de la AGP, en tanto ente de utilidad nacional.*

i) Ambas partes son contestes en considerar que la AGP presta servicios públicos en un establecimiento de utilidad nacional, lo cual concuerda con doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que le reconoce tal calificación a los puertos (*Fallos,* 154:312; 271:186; 304:1129; entre otros).

Por lo tanto, *la cuestión a dilucidar será si la pretensión del Fisco local interfiere o no en el cumplimiento de los fines de la AGP,* en tanto establecimiento de utilidad nacional.

ii) Previamente es necesario efectuar algunas consideraciones relativas al alcance de las facultades tributarias de la Ciudad de Buenos Aires en los establecimientos de utilidad nacional.

A partir de la reforma constitucional de 1994, el nuevo art. 75, inc. 30, C.N. —que modifica el anterior art. 67, inc. 27, C.N.— establece que corresponde al Congreso Nacional "...dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en el territorio de la República. Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines".

Los deudas tributarias cuestionadas en autos fueron generadas en los períodos 1988 y 1989, cuando aún no se encontraba vigente la mencionada reforma constitucional. Pero la doctrina sentada por esa reforma ya había sido acogida anteriormente por distintos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de manera tal que el cambio normativo positivizó una tendencia jurisprudencial consolidada del Máximo Tribunal.

A través de los años, la Corte fue variando su posición acerca del alcance de las facultades provinciales en los establecimientos de utilidad nacional. Fue así oscilando entre una postura según la cual la Nación posee facultades legislativas y jurisdiccionales exclusivas y excluyentes en los establecimientos de utilidad nacional, y una tesis que reconoce a las provincias determinadas competencias siempre y cuando no interfieran con la finalidad del establecimiento (ver, al respecto, el desarrollo realizado en Manili, Pablo L.: *Establecimientos de utilidad nacional,* Universidad, Buenos Aires, 2004, capítulo V, p. 45/80).

Finalmente, ya en las décadas de 1970 y 1980 la Corte consolidó la teoría de la no interferencia en distintos *Fallos,* entre otros: "Brizuela, Pablo César c/Cía. Swift S.A.F." (*Fallos,* 296:432), "Liguori" (*Fallos,* 297:421), "S.A. Vialco c/Nación Argentina" (*Fallos,* 301:1122), "Marconetti S.A. c/Provincia de Santa Fe" (*Fallos,* 304:730), "Impresit Sideco S.A. c/Provincia de Santa Fe" (*Fallos,* 304:1129), "Ramognino" (*Fallos,* 304:1381), "Tagsa S.A. c/Provincia de Neuquén" (*Fallos,* 305:214), "BJ Service S.A. c/Provincia de Neuquén" (*Fallos,* 305:1381), "BJ Service S.A. c/Provincia de Mendoza" (*Fallos,* 306:1883), "Ambros Palmegiani S.A." (*Fallos,* 308:403), "Municipalidad de Laprida c/Universidad de Buenos

Aires" (*Fallos,* 308:647), "Dirección General de Fabricaciones c/Provincia de Buenos Aires" (*Fallos,* 311:123), "Sade S.A. c/Provincia de Mendoza" (*Fallos,* 312:1870), "Dirección Provincial de Rentas de la Provincia de Santa Cruz c/YPF" (*Fallos,* 314:1796).

Por lo tanto, incluso antes de la reforma constitucional de 1994, el criterio para aceptar o excluir el ejercicio de poderes provinciales en establecimientos de utilidad nacional es precisamente la *compatibilidad* con ese interés federal, y no la *incidencia,* ya que el ejercicio de una facultad por una provincia en un enclave de jurisdicción federal incide siempre en éstos. Por lo tanto, si la facultad provincial no condiciona, menoscaba o impide el interés nacional, es compatible con él (conf. doctrina sentada por el doctor Frías en su voto en "Vialco S.A. c/Nación", *Fallos,* 301:1122).

iii) Sentado lo expuesto, es conveniente considerar dos hechos comprobados en la causa:

El perito contador sostiene que las tarifas o tasas autorizadas a percibir por la AGP no contenían un ítem incluyendo la liquidación del ISIB a la alícuota entonces vigente (fs. 318 vta./319).

El perito contador afirma que la magnitud que representa el pago de la contingencia tributaria discutida en autos hubiera impedido el cumplimiento de las actividades durante el año 2001 (fs. 319 vta./320).

Ahora bien, ¿ello implica que la pretensión fiscal debatida en autos interfiere con los fines de la AGP?

Considero que no, justamente porque *la imprevisión de las autoridades nacionales no puede perjudicar al Fisco local,* no solo porque *a)* ello implicaría atribuirle a otro Estado las consecuencias nocivas del propio descuido, contradiciendo principios básicos de nuestro sistema jurídico, sino porque *b)* afectaría el federalismo y las amplias facultades en materia económico-financiera de las que gozaba la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires.

Es decir, el ordenamiento jurídico vigente antes de la reforma constitucional de 1994 le otorgaba amplias facultades tributarias a la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires. Más precisamente, el art. 106 de la ley 19.987 —Ley Orgánica de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires— establecía como recursos tributarios de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires no solo aquéllos con los que contaban los municipios, sino también los de cualquiera de las provincias argentinas. Entonces, en este aspecto —el tributario— la situación de la Municipalidad porteña era equiparable a la de cualquiera de las provincias argentinas, y no a la de un municipio o ente autárquico.

En tal sentido, el citado art. 106 de la ley 19.987, en su inc. d) —modificado por el art. 2º de la ley 21.955—, establecía como recurso de la Municipalidad porteña: "El impuesto sobre los ingresos brutos —sin perjuicio de que en casos especiales la imposición consista en una cuota fija en función de parámetros relevantes— derivados del ejercicio de actividades empresarias (incluso unipersonales), civiles o comerciales, con fines de lucro, de profesiones, oficios e intermediaciones, y de toda

actividad habitual, excluidas las actividades realizadas en relación de dependencia y el desempeño de cargos públicos...".

En consecuencia, si le fueron otorgadas amplias facultades tributarias a la Municipalidad, y se le reconoció la potestad de regular y cobrar el ISIB, las autoridades nacionales no pueden luego desconocer o menospreciar la plenitud de estas facultades. Debieron haber previsto la incidencia del ISIB en las empresas estatales que desarrollan sus actividades en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, y si lo hubieran hecho, no se hubiera generado una deuda considerable y potencialmente impeditiva del cumplimiento de las actividades de la AGP.

Es decir, las autoridades nacionales deberían haber incorporado a las tarifas vigentes en el puerto de Buenos Aires la incidencia del ISIB, y abonado en debido tiempo sus obligaciones tributarias ante el Fisco local, y en ese caso la actividad —de interés federal— desarrollada por la empresa estatal no se habría visto obstaculizada o interferida de manera alguna.

iv) Obviamente, el no pago de un impuesto genera consecuencias económicas perjudiciales para cualquier empresa —estatal o privada—, quien no solo debe abonar la deuda, que quizás no previó en su presupuesto, sino también —en ciertas ocasiones, y si se dan los presupuestos necesarios— intereses y multas. Resulta más oneroso no cumplir que cumplir en debida forma, y ello se relaciona con la intención de compeler a los contribuyentes a respetar sus obligaciones fiscales.

Pero considerar que la falta de previsión de un impuesto local por parte de una Sociedad del Estado nacional lo exime de pagarlo, equivale a admitir que una empresa estatal nacional pueda, por su propia voluntad, crear una nueva exención de un impuesto local, y beneficiarse con ella.

Evidentemente, ello importaría una solución disvaliosa e ilegítima, que violaría el principio de legalidad tributaria, conforme el cual las exenciones a un impuesto deben estar consagradas por una norma de carácter legal.

Como hemos visto anteriormente, la ley fiscal vigente al momento de generarse las deudas de autos —años 1988 y 1989— no eximía del ISIB a la actividad desarrollada por la AGP.

Pero no solo eso, sino que también existe una ley nacional, la 22.016, que expresamente establece, en su art. 1º, lo siguiente: "Deróganse todas las disposiciones de leyes nacionales, ya sean generales, especiales o estatutarias, en cuanto eximan o permitan capitalizar el pago de tributos nacionales, provinciales y municipales (impuestos, tasas y contribuciones) a (...) las Sociedades del Estado regidas por la ley número 20.705...". Cabe recordar que, en virtud del art. 1º del dec. 1456/1987, la AGP es una empresa organizada bajo la forma de sociedad del Estado, regulada por la ley 20.705.

Otra norma, la ley 23.548 —de Coparticipación Federal de los recursos fiscales—, en su art. 9º, inc. b) apart. 1 dispone, en lo que nos interesa, que "en lo que respecta a los impuestos sobre los ingresos brutos, los mismos deberán ajustarse a las siguientes características básicas: (...) Podrán gravarse las actividades cumplidas en lugares de interés público o utilidad nacional sometidos a la jurisdicción

del Estado nacional (puertos, aeropuertos, aeródromos, estaciones ferroviarias, yacimientos y todo otro de similar naturaleza), en tanto la imposición no interfiera con ese interés o utilidad...".

Y para completar el marco normativo, debemos mencionar que el art. 24 de la ordenanza fiscal vigente en los períodos reclamados (ordenanza 40.731, con sus modificatorias), establecía, en lo pertinente, que "las empresas y organismos alcanzados por la ley 22.016 deben abonar todas las obligaciones fiscales emergentes de las disposiciones contenidas en la presente ordenanza...".

En conclusión, no existe norma nacional o local que exima a la AGP de pagar el ISIB, y si no fue contemplada la incidencia del mismo en su cuadro tarifario y/o presupuesto, ello resulta imputable al Estado nacional y no puede perjudicar al Fisco local. Por ese motivo, el presente planteo del recurrente debe ser rechazado.

d) *Cálculo del impuesto.*

Corroborada la legitimidad de la pretensión el Fisco local, controvertida en autos, corresponde analizar el planteo deducido subsidiariamente por el recurrente, referido a errores en la metodología para arribar a la base imponible.

Como correctamente describe la Cámara (fs. 471/472, consid. 8º), la base imponible fue calculada basándose en dos elementos, aportados por la propia AGP:

- las constancias de los libros contables de la AGP (ver actas de constatación, informes de inspección y documentación obrantes a fs. 36/63 del expte. adm. nº 81.423); y
- la declaración jurada realizada por el Subgerente Administrativo de la AGP, señor Eneas Marcucci, quien *ante la no discriminación de las registraciones en los libros contables,* estimó en un 22% el porcentaje de los ingresos correspondientes al Puerto de Dock Sud (fs. 45 del expte. adm. nº 81.423).

El accionar de la Dirección General de Rentas ha sido razonable y adecuado a la normativa fiscal vigente. En primer lugar, calculó los ingresos de la AGP basándose en las constancias obrantes en los libros contables, pero ante la imposibilidad de determinar cuáles de esos ingresos habría que imputarle a la actividad desarrollada en el Puerto de la Ciudad de Buenos Aires, y cuáles atribuirle a la actividad desempeñada en el Puerto de Dock Sud, *optó por el criterio porcentual que propuso la propia AGP*, a través del Subgerente Administrativo.

En consecuencia, la recurrente plantea una discusión meramente teórica, irrelevante, que constituye una mera discrepancia en la *calificación* de la metodología de cálculo utilizada —base presunta, según la AGP, o base cierta, según el GCBA—, pero no manifiesta cuál ha sido el error concreto cometido por la Dirección General de Rentas, qué elementos probatorios han sido desdeñados por dicho organismo que hubieran permitido determinar con mayor exactitud la base imponible, o qué constancias contables han sido valoradas erróneamente.

Por lo tanto, tal como ha sido planteado por el recurrente, el presente agravio no constituye una crítica razonada y suficiente de la sentencia de Cámara, ya que ni

siquiera intenta refutar el razonamiento realizado por la Cámara, y carece de relevancia a los efectos de dirimir este conflicto, por lo que debe ser desestimado.

III.4. *Inobservancia de la prueba rendida en autos.*

La AGP sostiene que le causa agravio la falta de consideración de la prueba pericial brindada en autos, más precisamente cuando acredita que las tarifas o tasas autorizadas a percibir por la AGP no contenían ningún ítem que incluyera la liquidación del ISIB a la alícuota entonces vigente (fs. 518 vta./519).

Sin embargo, y contrariamente a lo manifestado por el recurrente, el hecho acreditado por la prueba pericial fue efectivamente ponderado por la sentencia de Cámara, en los siguientes términos: "...se encuentra comprobado en la causa que el Gobierno nacional no previó en el cuadro tarifario de la actora el costo de la incidencia del impuesto sobre los ingresos brutos. Sin embargo, no puede hacerse cargar al Fisco local con la imprevisión (por omisión) de la administración nacional sobre la referida sociedad, que por lo demás es de su exclusiva propiedad..." (fs. 468 vta.).

Es decir, la Cámara hace mérito de lo comprobado por el perito, pero le asigna un efecto distinto al pretendido por el recurrente, basándose en argumentos sólidos, que comparto.

No hay, en este punto, ninguna discrepancia o apartamiento de la Cámara respecto del dictamen pericial, sino una valoración jurídica distinta del hecho acreditado. La AGP, el perito contador y la Cámara toman por cierto que el cuadro tarifario no contiene el componente impositivo local, pero mientras la recurrente considera que ello permite vislumbrar un supuesto de doble imposición, la Cámara sostiene que no pueden cercenarse las facultades tributarias locales por la imprevisión de las autoridades nacionales.

En consecuencia, el referido planteo debe ser desestimado.

III.5. Por todo lo expuesto, voto por rechazar el recurso ordinario de apelación interpuesto por la AGP, con costas.

El juez José O. Casás dijo:

I. *Recurso de queja interpuesto por el GCBA contra la denegatoria del recurso ordinario de apelación.*

Respecto del recurso de apelación ordinaria interpuesto por el GCBA en punto a la revocación por parte de la Cámara *a quo* de la multa impuesta por la Dirección General de Rentas, concuerdo con la jueza de trámite, doctora Ana María Conde, en cuanto afirma que la sanción no corresponde ser computada como *valor disputado en último término* según lo prescribe el art. 26 de la ley 7 —texto conforme art. 2º 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 importe controvertido supere la suma de $ 700.000.

La afirmación contenida en el párrafo precedente se sustenta en el hecho que el importe de las sanciones pecuniarias —para quien intenta percibirlas— no es

reconducible al *valor disputado en último término*, 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—, sent. del 27/9/2001).

Tal cual lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia de la Nación 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 [conf. mis votos de fecha 17/3/2005 en la causa: "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", expte. nº 3226/04, punto 2 de los fundamentos —respecto a la improcedencia de la apelación ordinaria en el caso de que lo debatido consistiera en la controversia por una multa represiva—; y de fecha 7/4/2004 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. nº 2612/03, punto 10 de los fundamentos —en este caso en lo relativo a la naturaleza penal de las multas tributarias—].

Más allá de lo puntualizado en los párrafos precedentes, cabe hacer salvedad del supuesto excepcional de un proceso dirigido a la percepción exclusivamente de una multa ejecutoriada, en la cual no se debata la procedencia del tributo y la sanción no tenga carácter accesorio del gravamen para convertirse en objeto *único* y *principal* de la demanda, particularmente teniendo en cuenta que *en las ejecuciones fiscales se evanesce la causa de la obligación* la cual no puede ser discutida por conducto de las excepciones tasadas para tal juicio ejecutivo conforme lo previsto por el art. 451 del CCAyT [conf. mi voto del 13/6/2007 en la causa "GCBA s/queja por recurso de apelación ord. denegado en 'GCBA c/Administración General de Puertos S.A. s/ejecución fiscal'", expte. nº 4909/06 y su acumulado expte. nº 4972/06 "GCBA s/queja por recurso de apelación ord. denegado en 'GCBA c/Administración General de Puertos S.A. s/ejecución fiscal, otros'"], situación que no se plantea en el caso de autos.

II. *Recurso de queja interpuesto por el GCBA contra la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad.*

El recurso de inconstitucionalidad incoado también por el GCBA, sostenido por la posterior queja y destinado a controvertir la decisión que dejó sin efecto la multa aludida, tampoco es hábil para habilitar la competencia de este Estrado ya que fue bien denegado por el *a quo* (a fs. 504/vta.) al considerarlo extemporáneo. Ello así, en razón de que la interposición de otros recursos finalmente considerados improcedentes no suspende el plazo de diez días a contar desde que la parte fue notificada de la sentencia adversa para plantear la apelación extraordinaria en tratamiento (conf. art. 28 de la ley 402).

De tal modo, la queja deducida por el GCBA también debe ser rechazada.

III. *Recurso ordinario de apelación interpuesto por la AGP contra la sentencia definitiva de Cámara.*

Corresponde tratar aquí el recurso de apelación ordinaria concedido a fs. 483 con el cual la AGP pretende poner en crisis la sentencia definitiva de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario que rechazó la impugnación de la resolución de la Dirección General de Rentas por la cual se determinó una diferencia en el impuesto sobre los ingresos brutos correspondiente a los períodos fiscales 12/1988 y 1 a 12/1989 por la suma de pesos $ 996.414,78.

1. La apelación ordinaria fue interpuesta en tiempo hábil, es parte en la causa la Ciudad y el monto disputado en último término es superior a la suma exigida en las normas de rito.

2. De los agravios traídos a la consideración de esta instancia en el escueto memorial obrante a fs. 515/519, sólo algunos merecen alguna respuesta *obiter dicta* ya que la insuficiencia de los mismos sella la suerte adversa del recurso, según expresamente lo solicitara al evacuar su traslado la Procuración de la Ciudad (conf. fs. 522/541, v. en particular fs. 523 punto V "Solicita se declare desierto el recurso interpuesto").

3. La *excepción de prescripción* no amerita una consideración exhaustiva, ya que la apelación no acierta cuando adjudica a la Cámara omisión de tratamiento del apuntado agravio (v. sobre el particular fs. 199 a 205 de la sentencia del inferior) con lo cual la protesta que se agita se ciñe exclusivamente a reclamar la aplicación de la prescripción quinquenal a través de la interpretación que propone el art. 4027, inc. 3º, del Cód. Civil, por sobre el plazo decenal contemplado en la legislación tributaria de la Ciudad.

Sólo a mayor abundamiento y *obiter dicta* cabe recordar que este Tribunal ya se ha expedido en cuanto al plazo de prescripción aplicable en un planteo similar *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. nº 2192/03, sent. del 17/11/2003, a cuyos fundamentos me remito, sin perjuicio de reafirmar centralmente dos de los desarrollos contenidos en mi voto.

a) La disparidad de plazo de prescripción local y del Código Civil en la materia que nos ocupa sería tan solo aparente.

No está de más puntualizar que la lectura que efectúa el recurrente del art. 4027, inc. 3º del Cód. Civil para sustentar la prescripción quinquenal en materia impositiva, no ha sido pacífica en la doctrina ni en la jurisprudencia.

Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *in re*: "La Provincia de Buenos Aires c. Don Nicolás A. Calvo, por cobro ejecutivo de Contribución Directa; sobre inhabilidad de título y prescripción" (*Fallos,* 42:266), sent. del 21/2/1891, dejó establecido que la *contribución directa se prescribe por el lapso de diez años*

entre presentes, a diferencia de la de sus intereses que se prescribe por el lapso de cinco años, consignando literalmente el considerando quinto: "Que *la disposición del art. 4027 del Cód. Civil*, en que ella se apoya (la excepción interpuesta), *se refiere exclusivamente* como su texto lo indica, *a los atrasos* de lo que deba pagarse por años o plazos periódicos más cortos, es decir, a los *intereses*, *rentas u otros accesorios análogos del capital y no al capital o principal mismo de la deuda*, el cual, cualquiera que sea la forma en que se haya estipulado pagadero, ya a plazos periódicos determinados, ya a un plazo único, *está sujeto y se rige por una disposición distinta, a saber: la relativa a la prescripción de las acciones personales en general*" (el énfasis en bastardillas y negrita en la transcripción no obra en el texto original).

En sentido concordante, las Cámaras Civiles en Pleno, el 18/10/1922, en la causa: "Obras Sanitarias de la Nación c/Álvarez y otros", sentaron como doctrina legal: "*1.* El vocablo 'atrasos' que rige los tres incisos del art. 4027 del Cód. Civil, se refiere por definición a pagos (sueldos) o rentas vencidas y no cobradas, de suerte que, al disponer el inc. 3º que se prescribe por cinco años la obligación de pagar los atrasos, 'De todo lo que deba pagarse por años o plazos periódicos más cortos', se refiere, sin duda, a intereses, réditos, dividendos y demás valores derivados del capital y, no al capital mismo. *2.* Si *el impuesto de contribución directa se prescribe por diez años* entre presentes y por veinte años entre ausentes *de acuerdo con la disposición del art. 4023 del Cód. Civil*, con mayor razón deben prescribirse por igual tiempo los créditos que Obras Sanitarias de la Nación reclama de los usuarios, los que, propiamente hablando, no pueden ser considerados como impuestos, desde que, en realidad no importan sino la retribución de los servicios que dicha repartición presta a los propietarios y vecinos de la Ciudad" (el destacado me pertenece) —*LL*, t. 54, pp. 178 y ss., en particular p. 178.

Cabe añadir que *en el ámbito del pensamiento tributario se registran opiniones*, como la del profesor Rodolfo R. Spisso, *que abonan la prescripción decenal* en tal ámbito *a partir del Código Civil* ya que las obligaciones tributarias no revestirían carácter periódico, en tanto cada una de ellas sería independiente de las sucesivas (conf. "Prescripción del Impuesto a las Actividades Lucrativas", *Impuestos*, t. XXVII, pp. 498 y ss.). En el mismo sentido se inscribe el parecer de Erwin O. Rosenbusch, para quien, respecto de la contribución territorial, en conclusiones que podrían hacerse extensivas al impuesto sobre los ingresos brutos, consigna: "no es un impuesto de pago periódico, sino que constituye una obligación que se establece anualmente por la ley de la materia, de manera que cada anualidad es un crédito distinto e independiente de los precedentes" (conf. "La prescripción de los impuestos de contribución territorial, municipales y de las tasas de obras sanitarias", parág. I: "Concepto de la obligación impositiva a los efectos de la prescripción", *JA,* 1946-III, pp. 497 y ss., en particular p. 497). Suscribe igual temperamento el destacado profesor Carlos M. Giuliani Fonrouge, quien, a mediados de la década de los años sesenta del siglo pasado, sostuvo: "Puede afirmarse que existe consenso en el sentido de que respecto de todos los tributos nacionales que no tienen un término

fijado en leyes especiales, así como los provinciales y los municipales, la acción de cobro del impuesto (las multas o sanciones penales tienen un régimen distinto en ciertos casos), prescriben a los *diez años*, por aplicación del término general establecido en el art. 4023 del Cód. Civil que rige para las acciones personales, como son, indudablemente, las de índole tributaria"; añadiendo más adelante que "la referencia al art. 4027, inc. 3º del Cód. Civil es impropia en materia tributaria (por cuanto) las obligaciones de este tipo no son de aquellas que se pagan por años o períodos más cortos; los tributos se aplican y perciben por cada año fiscal, no alterando su naturaleza anual el que puedan registrarse atrasos en su pago, pues, cada obligación es independiente de las sucesivas, por lo cual no pueden entrar en el concepto del art. 4027 citado (conf. "Prescripción de tributos municipales", *Impuestos*, XXV, pp. 632 y ss., en particular pp. 633 y 634).

Ciertamente, no se desconoce que dicha jurisprudencia fue abandonada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil —fallo plenario en la causa: "Obras Sanitarias de la Nación c/Galvalisi, José y otros", sent. del 30/3/1983 (*LL*, 1983-B, pp. 615 y ss.)— y que originó pronunciamientos dispares en el Alto Estrado Federal —causas: "Obras Sanitarias de la Nación v. Castiglioni y Lissi, Jorge A. L." (*Fallos,* 307:412), sent. del 2/4/1985; y "Obras Sanitarias de la Nación v. Aquilino Colombo" (*Fallos,* 313:1366), sent. del 11/12/1990—, pero lo cierto es que la lectura del art. 4027, inc. 3º del Código de fondo no es unívoca, lo que debilita el agravio tal cual ha sido formulado por la recurrente desde el punto de vista federal; desde que sí es pacífica la doctrina a tenor de la cual la interpretación del derecho común, más allá de su acierto o error, corresponde a los jueces de la causa y no suscita una cuestión constitucional (*Fallos,* 308:71; 310:332; 311:438; 312:173; 313:944, entre muchos otros).

b) La inexistencia de desarmonía por identidad del sujeto legisferante sancionando el Código Civil y la ley 19.489.

La sanción por el Congreso de la Nación de la ley local 19.489 que estableció los plazos de prescripción tributaria para la Ciudad de Buenos Aires importó: *i)* o bien afirmar que la autonomía del derecho tributario habilitaba a consagrar una regulación diferente a la prescripción en el ámbito fiscal; o *ii)* entender, cuanto menos, útil explicitar términos para la prescripción tributaria, que consideró análogos —de resultar atinentes— a los previstos en el Código Civil. Todo ello, ya que no es dable presumir la imprevisión del legislador, más aun cuando la antedicha inconsistencia tendría como corolario la eventual declaración de inconstitucionalidad de la apuntada ley, medida de extrema gravedad institucional que debe considerarse la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico.

En las condiciones expuestas puede argumentarse subsidiariamente que es menester tomar en cuenta la *identidad del órgano emisor de las normas sobre prescripción tributaria* —en este caso la ley local 19.489 (sancionada por el Congreso de la Nación); *lex posterior* y *lex specialis— con el órgano titular de la atribución de sancionar los códigos de fondo* (hoy art. 75, inc. 11 de la C.N.), a partir de lo

cual pierden andamiento las articulaciones efectuadas con sustento en el art. 4027, inc. 3º del Cód. Civil.

A la indicada solución arribó el Tribunal cimero, *in re:* "Intercargo S.A. v. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires" (*Fallos,* 310:959), sent. 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 Nación —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.*

4. Aludiendo a sentencias recaídas con fecha anterior a la interposición de este recurso, alega el apelante como *hecho nuevo* que en diversas actuaciones se habría declarado la *incompetencia de la justicia de la CABA para intervenir en juicios de apremio entablados por el Fisco local contra la AGP,* incluso de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

A este respecto, valga añadir que este mismo Tribunal *in re*: "GCBA s/queja por recurso de apelación ord. denegado en 'GCBA c/Administración General de Puertos S.A. s/ejecución fiscal'", expte. nº 4909/06, y su acumulado 'GCBA s/queja por recurso de apelación ord. denegado en 'GCBA c/Administración General de Puertos S.A. s/ejecución fiscal, otros'", expte. nº 4972/06, sent. del 13/6/2007, confirmó en el caso de apremios tributarios la prerrogativa de la jurisdicción federal que cabe reconocer a la ejecutada.

De todos modos, los presupuestos en que se traba la contienda de autos son diferentes por cuanto aquí *la intervención de la justicia local fue incitada por la propia AGP a través de un recurso directo de apelación* —art. 115 del C.F., texto para el año 2000— por ante la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario para que revisara la determinación tributaria practicada por la Dirección General de Rentas y la multa instituida en sede administrativa, con lo cual además de no ser procedente la alegación que se efectúa a través del instituto del "hecho nuevo", el sometimiento a los tribunales de la Ciudad fue la vía elegida por la recurrente, lo que importa un inequívoco acatamiento a esta competencia para la revisión judicial del acto administrativo liquidatorio, resultando, desde el punto de vista de la lealtad procesal, no recomendable hacer lugar a un planteo contradictorio a *posteriori* de haber recaído una decisión adversa de los jueces ante los que requirió justicia en punto a la procedencia del pago del tributo resistido, más

allá de haber sido revocada la sanción. Tiene señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación que cuando *el fuero federal* está establecido *ratione personae puede ser declinado y su renuncia puede ser explícita o surgir implícita de la postura que asuma en el proceso aquél a cuyo favor se establece* (*in re*: "Néstor Aníbal Orazzi v. Petroquímica General E. Mosconi SAIC" —*Fallos,* 312:1839— sent. del 28/9/1989; "Municipalidad de General Mosconi v. Yacimiento Petrolíferos Fiscales" —*Fallos,* 312:2010—, sent. del 26/10/1989; "Asociación del Personal Jerárquico Profesional y Técnico de la Municipalidad de General San Martín v. Banco Río de la Plata y otro" —*Fallos,* 328:4097—, sent. del 25/11/2005; "Banco de la Nación Argentina —Suc. Resistencia— v. Oscar Felipe Ramírez y otros" —*Fallos,* 329:80—, sent. del 7/2/2006, entre muchos otros).

Además, si se considera el alegado hecho nuevo como un formal planteo de incompetencia, el mismo resulta, no sólo contradictorio, sino claramente extemporáneo por tardío. Todo lo hasta aquí dicho sin perjuicio de la suerte que pudieran correr articulaciones de tal índole una vez firme la pretensión tributaria de que se trata al momento de llevarse adelante, en otro proceso, el cobro compulsivo por vía de ejecución fiscal ante los tribunales porteños.

Sobre la base de las consideraciones antes enunciadas, también a este respecto las alegaciones del pretendido "hecho nuevo" no sustentan el recurso provocando su deserción.

5. Los restantes agravios:

Se aduce la nulidad de las resoluciones administrativas que determinaron la deuda tributaria esgrimiendo lábilmente variados argumentos: *a)* el haberse impedido en sede administrativa la sustanciación de prueba aduciéndose la inminencia de la prescripción, con afectación del derecho de defensa; *b)* la improcedencia del impuesto sobre los ingresos brutos en atención a la falta de onerosidad de la actividad desplegada por la AGP, la que se vería financiada por tasas y tarifas y no por precios; *c)* el carácter de establecimiento de utilidad nacional de la AGP, con lo cual, de prosperar la pretensión del Fisco local se consagraría una intromisión e interferencia en los cometidos puestos a su cargo y *d)* en subsidio, la metodología empleada para arribar a la base imponible.

Tengo para mí que ninguno de los agravios antes señalados puede prosperar, ya que un requisito mínimo para que los mismos sean atendidos en esta instancia es que contengan, básicamente, una crítica concreta y razonada de los distintos fundamentos brindados por el tribunal *a quo*, sin que baste remitirse de manera ritual a presentaciones anteriores o discurrir sobre ejes argumentativos diversos a los que sirvieron de sustento al decisorio que aquí se apela (conf., en este sentido, arts. 236 y 237 del CCAyT). Así entonces, todo lo que sigue, son reflexiones efectuadas a mayor abundamiento, vertidas *obiter dicta*, por cuanto el recurso de inconstitucionalidad, devino infundado y, por tal motivo, debe considerárselo desierto.

En primer término, no se ha acreditado que la prueba denegada en sede administrativa hubiera resultado conducente para la elucidación de las cuestiones propuestas en la apelación ante la Cámara: *i)* desde la perspectiva de la desnatu-

ralización del tributo, habida cuenta de su imposibilidad de traslación en tanto el Impuesto sobre los Ingresos Brutos estaría concebido como un impuesto polifásico acumulativo genérico al consumo; y *ii)* frente a la pretendida interferencia en un establecimiento de utilidad nacional conduciendo a la AGP a un extremo de virtual quebranto.

Sobre el tópico consignado en el párrafo precedente, si bien participo de la afirmación vertida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación según la cual más allá de que "la traslación impositiva es un fenómeno regido por las leyes de la economía, existen casos en los que es posible y además necesario reconocer trascendencia jurídica a los efectos económicos de los impuestos para arribar a una solución que resulte armónica con los derechos y garantías que establece la Constitución Nacional y con el ordenamiento jurídico vigente" (conf. "Compañía General de Combustibles S.A." —*Fallos,* 316:1533—, sent. del 16/6/1993), tengo para mí que el apelante no se ha hecho cargo fundadamente de las consecuencias que se derivan de la no inclusión del impuesto de que se trata en la aprobación oficial de tarifas y, mucho menos, de la evolución jurisprudencial que se comprueba a tenor de lo decidido en las causas "Aerolíneas Argentinas S.E. v. Provincia de Buenos Aires" —*Fallos,* 308:2153—, sent. del 13/11/1986; "Yacimientos Petrolíferos Fiscales c/Municipalidad de la Banda del Río Salí" —Registro del Alto Tribunal letra Y, nº 35, libro XXII—, sent. del 28/11/1994; "Cooperativa de Trabajo Trasporte de Cuyo T.A.C. Limitada v. Provincia de Mendoza" —*Fallos,* 321:2501— sent. del 8/9/1998 y "Vía Bariloche S.R.L. v. Provincia de Misiones" —*Fallos,* 327:5147—, sent. del 16/11/2004, que han incorporado matizaciones y revisiones sobre la cuestión, en un análisis circunscripto al transporte interjurisdiccional de personas; ni tampoco ha correlacionado la "Cláusula Comercial" en tal actividad (art. 75, inc. 13, de la C.N.), con una situación diversa, cual es la de las tarifas portuarias.

Por lo demás, el *a quo*, haciendo referencia a alguno de los precedentes antes indicados, como a otros que también abordaron la cuestión, también fue concluyente en el sentido que la doctrina el Alto Tribunal "no logró alcanzar la estabilidad necesaria" (*sic*, fs. 470 vta.); aspecto que no es rebatido ni objeto de agravio en el recurso, debilidad que también se advierte ante la falta de refutación de las conclusiones de la camarista preopinante —doctora Daniele— cuando enfatiza que de admitirse el criterio de la actora "se arribaría a una conclusión un tanto paradojal: el propio Estado nacional —*lato sensu*— se exonera del tributo establecido, en el marco de sus atribuciones, por una organización autonómica por su propia *imprevisión y omisión*" (fs. 471) —v. Navarrine, Susana Camila: "La doctrina de los actos propios: su aplicabilidad en el derecho tributario", *Derecho Fiscal*, t. XLIII, pp. 481 y ss.

En las condiciones reseñadas, la afirmación de la recurrente que postula que "al no contener la tarifa pública el componente impositivo local, éste se convertía de hecho en un impuesto directo, no trasladable, cuyo efecto era análogo al de impuesto a las ganancias cuya aplicación le está vedada al Fisco municipal por imperio de la Ley de Coparticipación Federal de Impuestos" (*sic*, fs. 519), no constituye

una respuesta mínima de entidad suficiente que impida no tener por desierto el recurso en este punto, ya que el razonamiento se desentiende de las alteraciones jurisprudenciales en la doctrina del Tribunal cimero y de que es el mismo Estado nacional quien fijara las tarifas a percibir por la Sociedad del Estado que, por lo demás, es el titular de tal ente colectivo, lo que denota un comportamiento dual y contradictorio.

Por otro lado, la falta de cómputo de la incidencia del impuesto sobre los ingresos brutos en la fijación de la tarifa obedece a la conducta discrecional del propio Estado nacional, lo cual según conocida y constante jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación deja huérfanos de sustento agravios con pretendida base constitucional (*Fallos,* 305:568; 307:635; 310:884, entre muchos otros).

La argumentación que sostiene el recurrente en torno a la interferencia que en las actividades de un *establecimiento de utilidad nacional* como la AGP produciría la aplicación del impuesto sobre los ingresos brutos, llevándola a una situación de virtual quebranto, se desentiende de que corregir tal estado de cosas estuvo al alcance del propio Estado nacional que omitió el cómputo del gravamen al fijar la tarifa, como también que la significación de la deuda tributaria que se controvierte obedece a la acumulación de incumplimientos fiscales, como a la eventual liquidación de accesorios. Téngase en cuenta, a mayor abundamiento, que tratándose el tributo que se cuestiona de un impuesto genérico al consumo, ni siquiera podría prosperar la tacha de *confiscatoriedad* por parte del contribuyente de derecho —de absorberse una parte sustancial de la renta o capital—, tal cual lo ha decidido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en relación a diversos impuesto indirectos (v. *in re*: "Fisco Nacional c/la Sociedad Anónima Roberto Bosch, por defraudación", *Fallos,* 170:180, sent. del 23/2/1934 y "Marcelo A. Montarcé v. Dirección Nacional de Aduanas", *Fallos,* 289:443, sent. del 17/9/1974, entre muchos otros). Otro tanto ha resuelto el Alto tribunal por la acumulación de la deuda del tributo y sus recargos (v. al respecto, *in re*: "Agustín Soldati y otras", *Fallos,* 193:463, sent. del 7/9/1943, y concs.).

Tampoco se ha hecho cargo la recurrente, que ya con la sanción de la ley nacional 18.310 en el año 1969 se sentó el principio de la jurisdicción concurrente en los establecimientos de utilidad nacional (arts. 2º y 3º); que la ley 22.006, sancionada en el año 1979 —modificatoria de la ley 20.221 de Coparticipación Federal de Impuestos— contempló expresamente en el nuevo art. 9º, inc. b), numeral 1, del régimen de coordinación financiera, que el impuesto sobre los ingresos brutos resultaba procedente sobre "actividades cumplidas en lugares de interés público o utilidad nacional sometidos a la jurisdicción del Estado nacional (puertos, aeropuertos, aeródromos, estaciones ferroviarias, yacimientos y todo otro de similar naturaleza), en tanto la imposición no interfiera con ese interés o utilidad"; que ese mismo año 1979 con la aprobación de la ley 22.016, art. 1º, primer párrafo, se derogaron "todas las disposiciones de leyes nacionales, ya sean generales, especiales o estatutarias, en cuanto eximan o permitan capitalizar el pago de tributos nacionales, provinciales y municipales (impuestos, tasas y contribuciones) a: las sociedades de

economía mixta regidas por el dec. ley 15.349/46, ratificado por la ley 12.962, las empresas del Estado regidas por la ley 13.653 (texto ordenado por dec. 4053/55 y modificaciones), o por leyes especiales, las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria regidas por la ley 19.550, las sociedades anónimas con simple participación estatal regidas por la ley 19.550, las Sociedades del Estado regidas por la ley 20.705, las empresas formadas por capitales de particulares e inversiones de los fiscos nacional, provinciales y municipales —todas ellas inclusive aunque prestaren servicios públicos—, los bancos y demás entidades financieras nacionales regidos por la ley 21.526 y/o las leyes de su creación, según corresponda y todo otro organismo nacional, provincial y municipal que venda bienes o preste servicios a terceros a título oneroso"; y que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, gradualmente, fue aceptando las facultades concurrentes locales —en materia de poder de policía y potestad tributaria normativa— con las federales, revistiendo particular trascendencia, por consolidar tal doctrina judicial los recaídos en las causas "B. J. Service Argentina SARCeI v. Provincia de Neuquén", *Fallos*, 305:1381, sent. del 15/9/1983, y "B. J. Service Argentina SARCeI v. Provincia de Mendoza", *Fallos,* 306:1883, sent. del 6/12/1984.

Como referencia final en este aspecto, debe añadirse que la Reforma Constitucional de 1994 ha precisado, en armonía con todas las referencias legislativas y jurisprudenciales anteriores, en el art. 75, como competencia del Congreso de la Nación: *inc. 30.* Ejercer una legislación exclusiva en el territorio de la capital de la Nación y dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en el territorio de la República. *Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines* (el énfasis ha sido añadido).

Baste agregar que, como surge de los últimos fallos del Tribunal cimero que se han citado, la mera "incidencia" de un tributo no es "interferencia" y, además, que de entenderlo necesario el gobierno nacional siempre tiene en sus manos el ejercicio de la facultad que le acuerda la *Cláusula del Desarrollo, del Progreso o de la Prosperidad* (art. 75, inc. 18, C.N.), para decretar las dispensas fiscales que ameriten las circunstancias particulares de cada caso.

En cuanto a la *falta de onerosidad de la actividad que cumple la AGP*, la Cámara, para decidir si la empresa pública es sujeto obligado del tributo, luego de un desarrollo argumental que puedo o no compartir, manifestó, de un lado, que la actividad del obligado tributario "(explotación de puertos comerciales) en la medida en que no se encuentra exenta —en forma expresa— de la obligación de tributar, lleva al rechazo del temperamento que propicia el accionante"; y, de otro, que "no hay apoyo normativo alguno que otorgue sustento al argumento de la actora en punto a que su objeto carece de una finalidad lucrativa", añadiendo que distintos preceptos normativos parecen inducir a la solución contraria (fs. 467).

La falta de agravios expresos en relación a las afirmaciones precedentes —decisivas para resolver la controversia— impiden revisar este punto de la sentencia.

Ello sentado, más allá de que el planteo quizás pudo introducirse por el apelante desde un ángulo diverso, esto es afirmando que la matriz conceptual del impuesto sobre los ingresos brutos tal cual fue habilitado por la ley 23.548 de Coparticipación Tributaria en su art. 9º, inc. b), apart. 1, para no generar pugna en términos de analogía con los tributos nacionales sujetos a reparto, ha venido a reclamar la existencia del componente subjetivo del "ánimo de lucro". El precepto de marras antes aludido, claro está que en relación al mismo artículo e inciso, pero tomando en cuenta al apart. 2, dio lugar a que el máximo tribunal lo considerara una regla de derecho intrafederal que fija pautas prescriptivas y no meramente indicativas para los tributos locales (v. al respecto en materia de impuesto de sellos la doctrina de los fallos recaídos el 15/4/2004 en las causas: "Shell Compañía Argentina de Petróleo S.A. v. Provincia del Neuquén" —*Fallos,* 327:1034—, "Shell Compañía Argentina de Petróleo S.A. v. Provincia del Neuquén" —*Fallos,* 327:1051—, "Transportadora de Gas del Sur Sociedad Anónima v. Provincia de Santa Cruz" —*Fallos,* 327:1083—, "Yacimientos Petrolíferos Fiscales S.A. v. Provincia de Tierra del Fuego" —*Fallos,* 327:1108—. En mi caso, he tratado la cuestión ante la transformación del anterior *impuesto a las actividades lucrativas* en el actual *impuesto sobre los ingresos brutos* sin abrir juicio sobre la validez de las regulaciones locales en este último gravamen cuando caracterizan su presupuesto de hecho dejando de lado el componente subjetivo (actividad lucrativa), haciéndome cargo que para algunos autores, en tal caso, al comprenderse como sujetos pasivos a entidades cooperativas o asociaciones con fines altruistas —que no tienen propósito de lucro— se configuraría una pugna con el régimen de coparticipación, mientras que para otras calificadas opiniones, tal circunstancia no tendría entidad para invalidar la aplicación del gravamen (v. mi publicación *Coparticipación y tributos municipales. Las tasas apócrifas y la prohibición de analogía,* Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007, p. 188).

El último agravio contenido en el recurso, referido a la metodología empleada para arribar a la base del impuesto por determinación presunta, carece de desarrollo argumental suficiente para poner mínimamente en crisis el pronunciamiento del tribunal *a quo* y la falta de fundamentación frustra el planteo. A mayor abundamiento, sobre este particular, remito a las consideraciones que lucen en el enjundioso voto de mi colega doctora Ana María Conde.

Sobre la base de todos los desarrollos precedentemente efectuados, entiendo que el recurso ordinario de apelación interpuesto por la AGP no es hábil para incitar la competencia del Tribunal por ausencia de fundamentación suficiente, correspondiendo su rechazo, con costas (art. 62, párr. 1º, CCAyT).

Así lo voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Las quejas articuladas por el GCBA deben ser rechazadas. El recurso de apelación ordinario dirigido a cuestionar la sentencia de la Cámara, en cuanto dejó sin efecto la multa aplicada a la Administración General de Puertos por evasión

fiscal, fue correctamente denegado. Ello así porque, tal como señala la jueza Ana María Conde, a los efectos del recurso intentado, no corresponde computar la multa aplicada dentro del importe mínimo exigido por el art. 26 de la ley 7 (texto conforme al art. 2º de la ley 189). La jurisprudencia de este Tribunal tiene 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" (conf. "Ingeniería Gastronómica...", expte. nº 3226/04, ya citado). En este punto, además, coincido con la explicación que formula el juez José O. Casás en el último párrafo del punto I de su voto.

Por su parte, el recurso de inconstitucionalidad también destinado a controvertir la multa aludida, pero computando el plazo para su interposición desde la denegatoria de la apelación ordinaria, resulta extemporáneo. Ello así pues la articulación de recursos improcedentes no suspende el plazo previsto por la ley 402 (art. 27) que debe computarse desde que el recurrente quedó notificado de la decisión de la Cámara cuyo contenido impugna [conf. mi voto *in re* "OSCBA (Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires) s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Trigo, José Luis c/OSCBA s/queja por apelación denegada' en 'Trigo, José Luis y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 3158/04, resolución del 23/11/2004].

En consecuencia, corresponde rechazar los recursos de queja planteados por el GCBA.

2. En relación con el recurso de apelación ordinario concedido a fs. 483, que la AGP interpuso contra la sentencia definitiva que rechazó la impugnación de la resolución 3668-DGR/00, mediante la que el Fisco le había reclamado una diferencia en el pago del ISIB, correspondiente a los períodos fiscales 12/1988 y 1 a 12/1989, por la suma de $996.414, 78, adelanto que propiciaré su rechazo.

3. Con carácter previo a fundar el resultado anticipado, corresponde señalar que la invocación de procesos en los que se habría declarado la incompetencia de la justicia de la CABA para intervenir en juicios de apremio entablados por el GCBA contra la AGP, así como la referencia a un precedente de la CSJN que decide atribuir al fuero federal la competencia para resolver una demanda de la AGP contra el GCBA, no constituyen hechos nuevos en los términos del CCAyT ni, de todos modos, es esta la oportunidad en la que las normas de rito permiten invocarlos (art. 231 y 293 del CCAyT). La fuerza de convicción o, eventualmente, la autoridad emergente de una decisión judicial vertida en otra causa, no dependen de una invocación dentro del universo de oportunidades delimitado por el art. 293 citado. A su turno, la jurisprudencia referida por la actora no otorga derecho alguno oponible en este pleito, puesto que corresponde a causas distintas de él, y en cuanto a la doctrina que asume vale lo que aquí se dice acerca de la cuestión debatida.

4. El rechazo de la excepción de prescripción opuesta y resuelta por el *a quo* como cuestión de previo y especial pronunciamiento, no constituye sentencia definitiva, puesto que no es la que resuelve la materia litigiosa o, dicho de otro modo, no es la que la ley procesal denomina definitiva; razón por la cual el recurso ordinario de apelación intentado carece de aptitud para abordar su tratamiento (conf. *mutatis mutandi, Fallos,* 311:549 y 327:3576 entre muchos otros). A su vez, la equiparación entre providencias anteriores o posteriores a la definitiva o la posibilidad de remitir cuestiones anteriores a una revisión coetánea con ella, que son admitidas en el marco del recurso extraordinario federal o del de inconstitucionalidad no lo son en el del recurso ordinario (*Fallos,* 275:404; 276:226 y 300:372).

5. Los restantes agravios de la AGP versan sobre: *i)* la nulidad de la resolución que determinó de oficio, sobre base cierta, el importe adeudado en concepto de diferencias en el pago de ISIB; *ii)* la improcedencia de la pretensión fiscal por la falta de onerosidad de la actividad desarrollada por la AGP; *iii)* la improcedencia de la pretensión fiscal, esta vez, por interferir con la actividad propia de un ente de utilidad nacional y, finalmente, *iv)* la ilegitimidad del mecanismo usado para calcular el impuesto en cuestión.

Las objeciones de la recurrente se limitan a reiterar los planteos que había formulado en el pleito que fueron analizados y rechazados por el *a quo* con argumentos de los que la AGP no se hace cargo, ni quedaron rebatidos por los motivos en los que la recurrente hubo apoyado su pretensión.

i) En efecto, la Cámara consideró que el informe para establecer si las tasas de servicios aplicadas por la AGP incluían la incidencia del ISIB resultaba inconducente para dirimir el conflicto de autos. Aunque la contribuyente insiste en postular lo contrario, no demuestra por qué esa prueba sería relevante para modificar el resultado del pleito cuando el *a quo* tuvo por probado que el cuadro tarifario no previó la incidencia del ISIB, pero consideró que "no puede hacerse cargar al Fisco local con la imprevisión (por omisión) de la administración nacional (...)" (fs. 468 vta.). En tal contexto, el agravio debe ser rechazado y descartada la existencia de un interés jurídico suficiente para abordar el planteo de inconstitucionalidad formulado contra el art. 116, inc. 16, del C.F. (t.o. 2000).

ii) Tampoco rebate la recurrente el argumento del *a quo* según el cual la actividad de la AGP estaba alcanzada por el hecho imponible contemplado por el art. 82 de la ordenanza fiscal aplicable para los períodos reclamados, en la medida que la explotación de puertos comerciales no se encontraba exenta de la obligación de tributar ni, según indicó el pronunciamiento impugnado, lo estaban "[l]as Empresas y Organismos alcanzados por la ley 22.016" (art. 24 O.F, t.o 1988) entre los que incluyó a la AGP.

iii) La interferencia que provocaría, según la AGP, la pretensión fiscal debatida en relación con el cumplimiento de la actividad propia que desarrolla la recurrente en un establecimiento de utilidad nacional no proviene, a criterio de la Cámara, de la potestad tributaria ejercida sino, conforme "el temperamento propiciado por

la AGP", de la magnitud que habría adquirido la deuda. En tal sentido, el pronunciamiento impugnado señaló que "no es el impuesto en sí lo que podría incidir en la actividad de utilidad pública de la AGP sino —en todo caso— el *quantum* de la deuda generada, que es la resultante de su propio incumplimiento (...) de seguir su razonamiento bastaría con dejar de cumplir con las obligaciones tributarias para luego ser eximido del incumplimiento" (fs. 468).

El agravio propuesto conjetura un perjuicio que, en realidad, no derivaría de la potestad tributaria ejercida sino, antes bien, del cobro del tributo reclamado; su análisis resulta, entonces, prematuro. En su caso, cuando la deuda pretenda ser ejecutada, quedaría configurada la oportunidad de valorar la cuestión y las consecuencias que de ella derivan (conf. mi voto *in re* "Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/inf. falta de habilitación y otros'", expte. nº 4808/06, resolución del 20/12/2006).

Por otra parte, en relación con la jurisprudencia de la CSJN relativa a supuestos de doble imposición, originados por la imposibilidad de trasladar el ISIB a tarifas reguladas, la mera trascripción de los datos que identifican dos precedentes en la materia, no rebate las conclusiones del *a quo,* según las que "la doctrina de la Corte, con relación al tema, no logró alcanzar la estabilidad necesaria, razón que unida a las ya expuestas me inducen a desestimar el temperamento de la actora, toda vez que la imprevisión de la autoridad federal no puede afectar las potestades tributarias locales, sin alterar en punto a ello la propia autonomía de las jurisdicciones menores a la Nación" (fs. 470).

Además, el recurrente tampoco explica por qué subsistiría, actualmente, la alegada imposibilidad de trasladar los efectos económicos del impuesto reclamado, frente al carácter indirecto del tributo que nos ocupa. El planteo esbozado, en realidad, no viene a operar en beneficio de la AGP sino del usuario de los servicios que ella presta, dado que, ante la traslación del impuesto, la AGP no debe ser considerada como el contribuyente percutido (conf. TSJBA *in re* "Asociación de Receptorías de Publicidad (A.R.P.) c/GCBA s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 329/00, resolución del 6/9/2000).

Aunque no es ésta la oportunidad para explayarse sobre el tema, lo cierto es que la Nación asume posición en materia de aplicación del ISIB cuando adopta la Ley de Coparticipación Federal. En ella no quedan exentos, no al menos automáticamente los generados por servicios de la naturaleza del que nos ocupa ni la de las personas que los prestan. Esto es altamente significativo cuando la consecuencia de la postura de la actora es proyectar una exención *ratione personae* que se torna *ratione materiae* por el modo en que está organizada la actividad. Ciertamente, el tratamiento fiscal que postula la actora (hora de no sujeción, hora de exención) no encuentra apoyo, ni lo busca, en una norma federal expresa.

iv) La AGP se agravia por cuanto estima que la base imponible del tributo fue fijada sobre base presunta, aunque el acto determinativo expresa hacerlo sobre base cierta. Sin embargo, el memorial no aporta elemento alguno para rebatir el juicio

formulado por el *a quo* según el cual "el cálculo de la base imponible obedeció a las propias declaraciones formuladas por la actora en sede administrativa (...) y a sus libros contables en lo que era pertinente" (v. fs. 517 y ss.). La recurrente, en realidad, se limita a citar jurisprudencia y doctrina sin mostrar cómo su aplicación al caso de autos conduciría a modificar el pronunciamiento impugnado.

En consecuencia, por las razones dadas, así como por los motivos que en sentido concordate surgen del voto de mi colega Ana María Conde y oído el señor Fiscal General Adjunto, corresponde rechazar el recurso ordinario de apelación interpuesto por la AGP, con costas.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. Los expedientes "GCBA s/queja por recurso de apelación ord. denegado en 'Administración General de Puertos c/GCBA s/recurso de apel. jud. c/decis. DGR (art. 114, C.F.)'" (nº 5250) y "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en/ 'Administración General de Puertos c/GCBA s/recurso de apel. jud. c/decis. DGR (art. 114, C.F.)'" (nº 5272) fueron acumulados a los autos "Administración General de Puertos c/GCBA s/recurso de apel. jud. c/decis. DGR (art. 114 C.F.) s/recurso de apelación ordinario concedido" (nº 5374) y, el Tribunal deberá dictar una única sentencia que resuelva la totalidad de las cuestiones planteadas de acuerdo con lo prescripto por los arts. 170 y 171 del CCAyT (conforme providencia de fs. 513).

Anticipo que la solución que propongo en mi voto consiste en admitir la queja por recurso ordinario denegado del GCBA (correspondiente al expte. nº 5250); que deberá tratarse en primer término en atención al estado procesal de las actuaciones. Mi decisión exige diferir el abordaje del recurso ordinario concedido de la Administración General de Puertos hasta que el recurso ordinario del GCBA se halle en condiciones de ser resuelto.

I. *Sobre la queja por recurso ordinario de apelación denegado del GCBA.*

2. La presentación directa de fs. 565/581 vta., oportunamente interpuesta por el GCBA, deber ser admitida.

3. Para resolver la presente queja, considero necesario volver sobre ciertas circunstancias de la causa.

El 30/11/2006, la Sala II de la Cámara CAyT resolvió "rechazar la demanda interpuesta por la actora, a excepción de la sanción por evasión impuesta la que (...) se deja sin efecto" (fs. 459/474).

Contra dicha decisión, la Administración General de Puertos y el GCBA dedujeron los recursos ordinarios de apelación que obran a fs. 482 y vta. y a fs. 478/479, respectivamente.

El 27/3/2007, la Cámara concedió el recurso ordinario de apelación interpuesto por la actora pues estimó que a su respecto "...se encuentran verificados los presupuestos de admisibilidad...": el recurso fue incoado contra una sentencia definitiva y el monto de la apelación asciende a la suma de novecientos noventa y seis mil

cuatrocientos catorce pesos con setenta y ocho centavos ($ 996.414,78) que [tal como lo precisa la Sala] "...surge de atacar la determinación de oficio efectuada por la demandada...". Por su parte, la Cámara sostuvo que el único agravio del recurso ordinario de apelación del GCBA se refería a la multa por evasión y, consecuentemente, lo declaró inadmisible con apoyo en los fundamentos que expusiera el Tribunal Superior en los autos "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", expte. nº 3226, resolución del 17/3/2005 y "Viajes ATI S.A. c/GCBA s/impugnación de actos administrativos s/ recurso de apelación ordinario concedido", expte. nº 3918, resolución del 2/11/2005 (fs. 483 y vta.).

4. La pieza de fs. 565/581 vta. contiene el relato de los antecedentes de la causa y crítica el auto denegatorio del recurso ordinario de apelación al afirmar, entre otras razones, que los pronunciamientos que allí se mencionaran no guardan correspondencia con la situación de autos. Dice el GCBA, en apoyo a su postura, que "[e]n los dos precedentes citados el recurrente pretendía rebatir lo resuelto en relación a la determinación de oficio..." (fs. 576 vta.) de modo tal que —a criterio del Tribunal Superior— "...la multa era un accesorio del principal (la determinación)" (fs. 576 vta.) mientras que en el presente recurso el GCBA "...nunca *incluyó* la multa en el concepto del valor disputado [pues] la multa en sí *es* el valor disputado..." (fs. 575 vta., las negritas y cursivas son del original) y supera el monto mínimo legal que establece el art. 26, inc. 6º de la ley 7 para la procedencia del recuso intentado.

Como ya lo señalara, la instancia ordinaria de revisión ante el Tribunal fue habilitada, por la Sala II, para una sola de las partes (la actora), quien hubo recurrido la imposición de la obligación tributaria presuntamente incumplida.

Los recursos de ambas partes lograron demostrar que el valor económico de sus propios agravios supera —en cada caso— la suma de pesos setecientos mil ($ 700.000).

En estas condiciones, el GCBA pretende "...con la interposición del recurso de apelación (también esgrimido por la contraria), (...) que el Tribunal Superior de Justicia examine la sentencia criticada bajo las contrapuestas posturas de las partes, explayadas en sus memoriales respectivos sin ningún tipo de limitación legal en torno a las materias susceptibles de tratamiento" (fs. 572 vta.).

A fin de garantizar la igualdad procesal de las partes (conforme lo requiere el art. 27, inc. 5º apart. c] del CCAyT) —principio que constituye una derivación del derecho constitucional de igualdad ante la ley (arts. 16 de la C.N. y 10 de la CCBA)—, habré de admitir —en atención a las particularidades que presenta la causa— la procedencia de la queja del GCBA, debiendo darse cumplimiento al trámite previsto por el art. 39 de la ley 402.

II. *Sobre la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado del GCBA.*

5. El escrito de fs. 745/757 vta. no puede ser admitido.

6. El quejoso atribuye arbitrariedad al auto denegatorio de fs. 504 vta. toda vez que "...el único fundamento que da el tribunal sentenciante es que *...la parte demandada ha quedado notificada mediante cédula de la sentencia recurrida el 5/12/2006*... (fs. 752 vta., las cursivas son del original). Afirma que, denegado el recurso ordinario de apelación en base a argumentos que carecen de sustento jurídico (fs. 752), *...renace [a su favor] el derecho (...) a hacer uso del recurso de inconstitucionalidad, el cual no había decaído* tal como parece entender el *ad quem, sino que había sido superado* por el recurso de apelación ordinaria" (fs. 752 vta., los destacados me pertenecen).

7. La queja no puede prosperar pues el recurso de inconstitucionalidad que la precede (de fecha 18/4/2007) no fue interpuesto en tiempo oportuno.

En el punto II de la queja titulado "Objeto" se lee: "...vengo a interponer Recurso de Queja contra la decisión emanada de la Sala II de la Cámara de Apelaciones de fecha 30/5/2007, en cuanto resolvió no conceder el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la sentencia de fecha 30/11/2006..." (fs. 745).

La sent. del 30/11/2006 —que rechazó la demanda interpuesta por la Administración General de Puertos a excepción de la sanción por evasión que dejó sin efecto— fue notificada al GCBA el 5/12/2006 (cédula a fs. 475).

La Sala II constató, con acierto, que había transcurrido ampliamente el tiempo que el ordenamiento legal confiere para la interposición del recurso de inconstitucionalidad. La ley 402 establece, con claridad y precisión, qué decisiones son recurribles mediante un recurso de esa índole y cuál es el plazo dentro del cual su interposición resulta útil.

No se trata, como alega el GCBA, de que su parte pudiese prever el resultado negativo de la apelación ordinaria sino de que interpusiera en tiempo y forma, los recursos que la ley pone a su disposición para la defensa de sus derechos.

No coincido con el quejoso cuando manifiesta que el "...recurso de inconstitucionalidad (...) había sido superado por el recurso de apelación ordinaria" (fs. 752 vta.) pues dichos recursos no han sido previstos para idénticos fines de modo tal pudieran ser intercambiables.

El recurso ordinario de apelación procede siempre que "...el/la apelante (...) [acredite] 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" (art. 38 de la ley 402). En cambio, el recurso de inconstitucionalidad —que no se halla limitado en razón del monto— se encuentra previsto para aquellos casos donde "...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 de la ley 402).

El recurso de inconstitucionalidad —cuya denegatoria diera lugar a la presente queja— se interpone "...contra las sentencias definitivas del tribunal superior de la causa..." (art. 27 de la ley 402) "...por escrito, fundamentado, ante el tribunal que ha dictado la resolución que lo motiva y *dentro del plazo de diez (10) días contados a*

partir de su notificación..." (art. 28 de la ley 402, el destacado me pertenece). Este último recaudo no ha sido satisfecho, lo que determina el rechazo de la queja que, en estas condiciones, ya no se sostiene.

III. *Sobre el recurso de apelación ordinario concedido de la Administración General de Puertos.*

8. Admitida la queja del GCBA (según argumentos expuestos en el apart. I de mi voto) y hasta tanto se cumpla con el traslado del memorial del agravio del recurso ordinario interpuesto a fs. 478/479 no corresponde avanzar en el análisis ni dictar resolución en el recurso ordinario de apelación que fue concedido por la Cámara.

IV. *Mi voto.*

9. Por lo expuesto precedentemente, voto por: *a)* admitir la queja por recurso ordinario denegado del GCBA y, en consecuencia, ordenar que los autos sean puestos a disposición del recurrente para que presente, en el plazo de diez días, el memorial de su agravio y se cumpla el trámite que rige el art. 39 de la ley 402, *b)* diferir el tratamiento del recurso de la actora hasta que el recurso ordinario del GCBA se encuentre en condiciones de ser resuelto, *c)* rechazar la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado del GCBA.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Me adhiero al voto de la doctora Ruiz y explico: al rechazar la sentencia la imposición de una sanción por evasión, cuyo importe es superior a los $ 700.000 —sanción que esa sentencia deja sin efecto— habilita automáticamente la instancia ordinaria (de apelación) ante el TSJBA. Tiene razón el GCBA, demandado judicialmente en la ocasión, cuando aclara que los fallos anteriores del TSJBA, invocados por la Cámara para rechazar el recurso del GCBA, no resultan pertinentes al caso actual: esos fallos evitan la suma de conceptos, pero no pueden impedir que cada uno de los conceptos aislados —en su carácter individual de *último valor disputado*— supere el antedicho importe previsto por la ley para tornar posible la apelación ordinaria ante el TSJBA. Admitir lo contrario importaría tanto como dejar firme, sin permitir cuestionamiento alguno, un importe que integra el plexo normativo cuya totalidad se dirime en la causa.

Por ello, emitido el dictamen del Fiscal General Adjunto, por mayoría

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja interpuesto por el GCBA a fs. 565/581, contra la resolución que desestimó el recurso ordinario de apelación.

2º. *Rechazar* el recurso de queja interpuesto por el GCBA a fs. 745/757, contra la resolución que declaró extemporáneo el recurso de inconstitucionalidad.

3º. *Rechazar* el recurso ordinario de apelación deducido por la Administración General de Puertos y fundado a fs. 515/519, con costas a la recurrente.

4º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

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

X

"CENTRAL PUERTO S.A. C/GCBA S/REPETICIÓN (ART. 457, CCAYT) S/RECURSO DE APELACIÓN ORDINARIO CONCEDIDO"

RECURSO ORDINARIO DE APELACIÓN: Nulidad de la sentencia de Cámara. Mayoría de votos concordantes. Coincidencia de fundamentos. REPETICIÓN TRIBUTARIA: Falta de protesta al momento del pago. Acceso a la justicia. Derecho de defensa en juicio. TASAS: Efectiva prestación del servicio. Inversión de la carga de la prueba. Medida para mejor proveer. COSTAS: Principio objetivo de la derrota. Regulación de honorarios.

SUMARIOS:

1. La sentencia contiene fundamentos coincidentes que dejan sin sustento el planteo de nulidad articulado y la mayoría de votos concordantes debe coincidir en la solución de cada uno de los puntos o capítulos que integran la litis, pero no necesariamente debe exigirse de fundamentos iguales, sino que cada juez puede dar sus fundamentos aunque no sean los mismos o difieran de los dados por los otros miembros. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al que adhiere el señor juez Julio B. J. Maier).*

2. No corresponde aplicar la doctrina que afirma que cuando el contribuyente invoca la falta de prestación del servicio la carga de la prueba, se invierte y es la Administración quien debe probar la prestación o se somete la acreditación de ese hecho a la doctrina de la "carga dinámica" de las pruebas, si la parte actora consintió la aplicación de la regla general del art. 301 del CCAyT señalada en la sentencia apelada, que en la especie no le impedía ofrecer y producir prueba en relación a la existencia de un hecho controvertido. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al que adhiere el señor juez Julio B. J. Maier).*

3. Exigir como recaudo de la repetición frente a un pago indebido que el mismo haya sido realizado bajo protesta contraviene principios fundamentales acogidos en la Constitución Nacional y en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como son los relativos al derecho de acceso a la justicia, la posibilidad de revisión judicial de la acción de la administración, la garantía de la tutela judicial efectiva y el derecho de defensa en juicio. *(Voto en disidencia de los señores jueces José O. Casás y Luis F. Lozano).*

4. Al producirse la intervención del Tribunal a partir de un recurso ordinario de apelación que lo convierte en tercera instancia de merito, y ante la insuficiencia del marco probatorio, se hace menester decretar una medida para mejor proveer ceñida a corroborar si en este caso se han brindado los servicios justificantes de la prestaciones públicas coactivas en debate, en procura de la verdad objetiva que subyace en la controversia, a tenor de lo previsto en el art. 29, inc. 2º del CCAyT. *(Voto en disidencia de los señores jueces José O. Casás y Luis F. Lozano).*

5. Considerar infundado el recurso por no haberse agraviado el apelante de los argumentos brindados por uno de los magistrados de la Cámara a quo en el sentido de que quien alega debe probar, parece excesivo cuando en el memorial de agravios se ha insistido en que arrimar a las actuaciones otros elementos de convicción, sobre hechos que la parte reputa negativos, constituirían una prueba de muy difícil obtención, más aun cuando la doctrina en relación con las tasas no es totalmente pacífica respecto al *onus probandi*, y desde la perspectiva de las concepciones dinámicas la carga probatoria se desplaza a la Administración. *(Voto en disidencia de los señores jueces José O. Casás y Luis F. Lozano).*

6. La imposición de costas a la actora está justificada por su aceptación del pronunciamiento en cuanto este no hizo lugar, en una magnitud significativa, a la demanda de repetición y a la pretensión declarativa, y por su fracaso en la apelación por el monto restante, en virtud de la aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 62, CCAyT), el que no se ve conmovido por las razones que expresa en su memorial ante esta instancia, pues el hecho de que uno de los jueces coincidiese con la actora en cuanto a la naturaleza del tributo y la exigibilidad de la prestación del servicio, no permite perder de vista que la recurrente perdió el juicio por no cumplir con la carga de acreditar en forma eficiente la imputación de falta de prestación de servicios que efectuó a la parte demandada. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al que adhiere el señor juez Julio B. J. Maier).*

7. El monto de los honorarios regulados debió ser reducido por la Alzada atendiendo a la limitación de la materia del juicio que ocurrió cuando ambas partes dejaron de litigar ante la segunda instancia acerca de la repetición de la Contribución Territorial, y la controversia quedó ceñida entonces al reclamo de repetición llevado a decisión de la Cámara, notoriamente inferior a la suma por la que se inició el proceso. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al que adhiere el señor juez Julio B. J. Maier).*

8. La falta de acreditación de la ausencia de prestación efectiva de los servicios públicos controvertidos en la zona en que se encuentran ubicados los inmuebles de autos, perjudica a la actora, ya que sobre ella recae la carga de la prueba (conf. art. 301 CCAyT). *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

9. Ante el rechazo total de la demanda en primera instancia y la limitación de la apelación a una suma notoriamente inferior a aquella por la que se inició el juicio, la suma discutida ante la Cámara fue sólo aquella por la que la actora recurrió y expresó agravios y ese es el monto sobre el que podía decidir la sentencia. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al que adhiere el señor juez Julio B. J. Maier).*

10. La pretensión de la actora fue desestimada en ambas instancias por no haber acreditado la ausencia de prestación del servicio público pertinente, de modo

que, aún suponiendo que la actora se considerase con razón para litigar, lo cierto es que nunca debió iniciar —en primera instancia— y proseguir —en la Cámara— la presente acción judicial si no podía probar sus alegaciones, algo que ni siquiera intentó, actitud descuidada que, desde el punto de vista procesal, brinda plena justificación a la imposición de costas a la vencida en ambas instancias. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

11. Si se apela solamente uno o algunos rubros de la pretensión de repetición de impuestos, esos son los montos que corresponde considerar al momento de establecer la base regulatoria, y no aquellos que fueron desestimados en la sentencia de primera instancia y consentido dicho rechazo por el apelante. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

Expte. nº 5351/07 - 20/2/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Central Puerto S.A. (en adelante, "CP") inició demanda contra el GCBA (en adelante, "GCBA"), ante la justicia nacional en lo civil, por repetición de $ 4.715.283,31, más intereses hasta la fecha de efectivo pago, de los pagos que en concepto de contribuciones de alumbrado, barrido, limpieza, mantenimiento y limpieza de sumideros; contribución de pavimentos y aceras; contribución territorial y contribución ley 23.514, efectuó a partir del 1º/4/1992, con relación a los inmuebles Nuevo Puerto y Puerto Nuevo. Solicitó también en dicha oportunidad que, por aplicación del art. 12 de la ley 15.336, se la declarara expresamente exenta de pagar tales tributos por todos los períodos fiscales corridos hasta el momento del dictado de la sentencia de primera instancia y se incluyera en el monto de la repetición las sumas que fueran pagadas hasta ese momento.

2. Radicadas las actuaciones en el fuero contencioso administrativo y tributario de la Ciudad, el juez de primera instancia rechazó la demanda de CP, impuso las costas a la parte vencida y reguló los honorarios de los letrados apoderados de la demandada, en conjunto y por su actuación en el principal, en $ 675.000. Además, difirió la regulación de honorarios en los incidentes decididos antes de la sentencia, a resultas de las apelaciones diferidas referidas a las costas del rechazo de la excepción de incompetencia impuestas a la demandada y a las costas por la declaración de negligencia en la producción de la prueba informativa dirigida a la Dirección General de Fiscalización de Obras y Catastro del GCBA impuestas también a la accionada (fs. 467/472 vta.).

3. CP apeló la sentencia. También lo hizo el GCBA, aunque sólo en relación con los honorarios regulados por considerarlos bajos.

La actora no se agravió del rechazo de la acción de repetición respecto de la Contribución Territorial y del rechazo de la pretensión de ser declarada exenta del tributo. La apelación de CP se limitó al planteo de repetición de las sumas que abonara en concepto de Alumbrado, Barrido y Limpieza (ABL), y Contribución de Pavimentos y Aceras, es decir, a la suma de $ 1.356.660.

4. La Sala I de la Cámara rechazó el recurso de apelación de CP y, en consecuencia, confirmó la sentencia de primera instancia, con imposición a la actora de las costas de la alzada (fs. 542/556 vta. y aclaratoria de fs. 566/567 vta.).

5. Contra la sentencia de Cámara, CP interpuso recurso ordinario de apelación (fs. 562 y vta. y 571 y vta.), que fue concedido (fs. 573). CP expresó agravios (fs. 580/596), que fueron contestados por el GCBA (fs. 601/618 vta.).

Requerido su dictamen, el Fiscal General Adjunto sostuvo que "(...) teniendo en cuenta que, en la especie, no advierto comprometido el interés social, ni que se hallen en juego normas constitucionales, o de derecho público que trasciendan el mero interés de la parte, y, además, el examen de los agravios articulados exige introducirse en la valoración de los hechos y de la prueba, lo cual constituye labor propia de los jueces de mérito y ajeno a la intervención del suscripto, es que no amerita el ejercicio de las competencias propias de este Ministerio Público Fiscal" (fs. 622/625)

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La parte actora plantea la nulidad del fallo recurrido por falta de fundamentos coincidentes en los votos de los dos jueces de Cámara que fallaron el caso (jueces Centanaro y Corti) y se agravia, además, en cuanto a la decisión de fondo adoptada por la Sala I.

A. *Nulidad de la sentencia*

2. CP afirma que no se conformó la mayoría necesaria para decidir la apelación. Sostiene que el juez Centanaro rechazó el recurso con el único fundamento de considerar que la parte actora no efectuó la protesta por los pagos realizados; en cambio expresa que el juez Corti consideró inexigible tal requisito para demandar la repetición de los sumas abonadas, y desestimó la apelación por otras razones.

3. El planteo de la apelante no es correcto, como lo expone la Procuración General en la contestación del memorial de agravios (en particular, fs. 606). La lectura de la sentencia recurrida permite advertir que para ambos jueces no está probada en autos la falta de prestación efectiva de servicios por parte del GCBA.

En efecto, el juez Centanaro dijo: "La actora alega la ausencia de las prestaciones cobradas por el GCBA y que en consecuencia los pagos efectuados fueron sin causa. Afirma que dichos servicios han sido prestados por la Administración General de Puertos; sin embargo, no acredita en el expediente dicha afirmación, por el contrario, de las constancias de la causa surge que los inmuebles en cuestión no

se encuentran dentro de las zonas dadas en concesión a la Administración General de Puertos, ver fs. 370 por lo tanto, mal pudo haber dicha administración prestado los servicios invocados por la actora a sus inmuebles. Cabe recordar que las partes tienen la carga de aportar al proceso los elementos necesarios a fin de convencer al juez que los hechos sucedieron en la forma que se alega, quien no prueba los hechos que debe probar pierde el pleito, si de ellos depende la suerte de la *litis*" (punto IX de su voto, fs. 545 vta.).

A su turno, el juez Corti expresó: "De las constancias de autos sólo surge que la Administración General de Puertos ha prestado servicios y realizado obras como los aquí examinados en las terminales portuarias 5 y 6, pero aquello que no surge de autos es que dicha autoridad lo hubiese realizada (*sic*) de forma exclusiva (ver fs. 359). Es cierto que en el último párrafo de dicho informe (ver fs. 360) se niega que la Ciudad hubiese realizado servicios y obras, pero se trata de una afirmación de carácter dogmático, que no encuentra apoyatura en otras pruebas concordantes. (...) Evaluada entonces a la luz de las reglas de la sana crítica, la prueba producida en autos es a mi juicio insuficiente para convalidar en los hechos la pretensión de la actora" (punto XXXI de su voto, fs. 555 vta.).

En consecuencia, la sentencia de segunda instancia contiene fundamentos coincidentes que dejan sin sustento el planteo de nulidad articulado por CP.

Sin perjuicio de que la conclusión indicada agota la cuestión que pretendiera introducir CP, cabe recordar que en un reciente pronunciamiento del Tribunal (*in re*: "Auditoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/Coordinación Ecológica Área Metropolitana Sociedad del Estado (CEAMSE) s/acción meramente declarativa", expte. nº 3944/05, resolución del 8/8/2007), con cita de precedentes, afirmé "que el más alto Tribunal admite como forma válida de fundar una sentencia la pluralidad de argumentos que conforman 'razonamientos corroborantes sucesivos' al expresar en *Fallos,* 253:185, en especial el considerando 2, 'Que esta regla no impide la posibilidad de la existencia de más de una norma general, conducente para el fallo de la causa, ni es óbice para la viabilidad de razonamientos corroborantes sucesivos de una única solución individual del caso (...)'. Así lo ha sentado este Tribunal —en su anterior composición— citando la opinión doctrinaria de Roberto Loutayf Ranea en su obra *El recurso ordinario de apelación*..., t. 2, Buenos Aires, 1998, pp. 271/272 [*rectius 1989*]) en el sentido de que 'La mayoría de votos concordantes debe coincidir en la solución de cada uno de los puntos o capítulos que integran la litis. Pero no necesariamente debe exigirse de fundamentos iguales, sino que cada juez puede dar sus fundamentos aunque no sean los mismos o difieran de los dados por los otros miembros. Si fuera necesaria la coincidencia de fundamentos, la exigencia de votos individuales resultaría un requisito sin sentido, pues no sería otra cosa que exigir una reiteración de fundamentos de cada miembro del tribunal' (conf. este Tribunal, *in re* "Codega, Christian y Fiorentini Rosalino, Jaime s/art. 71, CC s/recurso de queja (deducido por Christian Duillo Codega); y "Codega, Christian y Fiorentini Rosalino, Jaime s/art. 71, CC s/queja (deducida por Jaime Edwin Fiorentini Rosalino)", exptes. nº 897 y nº 900, resolución del

1º/10/2001, *Constitución y Justicia* [Fallos de TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, t. III, pp. 519 y ss.)".

B. *Apelación*

4. CP expresó agravios vinculados: *I)* con la cuestión de fondo, *II)* con la imposición de costas y III) con la regulación de honorarios, que, en cuanto interesa a los fines de este recurso, pueden reseñarse como sigue:

I. *Agravios referidos a la cuestión de fondo.*

a) CP considera que no es exigible la protesta al efectuar el pago, como requisito de la acción de repetición, con fundamento en el desarrollo efectuado por el juez Corti al disentir en este punto con el juez Centanaro.

b) CP critica el voto del juez Corti en cuanto asigna prevalencia a la contribución territorial en el "conglomerado de tributos" pese a que el juez advierte, y coincide con el magistrado en que el ABL es una "tasa".

c) También se agravia por la ponderación que el juez Corti realiza de la prueba producida en la causa en relación a la prestación de servicios por el GCBA. Señala, en tal sentido, que:

i) el Gobierno en ninguno de sus escritos afirma que los servicios sean prestados. La actora indica que sería llamativo que los servicios se prestaran y que, teniendo la contraria la posibilidad de alegarlo y probarlo, se abstuviera de hacerlo;

ii) la prueba de informe de la Secretaría de Obras y Servicios Públicos del GCBA que la Procuración General ofreció, y que fue desistida, no se dirigía a acreditar la prestación de servicios de alumbrado, limpieza, mantenimiento de pavimentos, etc.;

iii) la contestación del oficio por la Administración General de Puertos (AGP) afirma: *a)* que el GCBA no prestó servicios de alumbrado, barrido, limpieza, mantenimiento de pavimentos y aceras en las terminales portuarias 5 y 6; *b)* que la AGP tuvo inicialmente a su cargo la limpieza, el alumbrado y la reparación de pavimentos en forma directa con equipos propios, mas luego de la licitación de las terminales portuarias, cada terminal tomó a su cargo los servicios; *c)* que la AGP informó que a la fecha de contestación del oficio el servicio de recolección de residuos se realiza a través de la empresa TAYM S.A.

iv) la contestación del oficio cursado a BACTSSA, concesionaria de la terminal portuaria 5, confirma la prestación por ella del servicio de limpieza, recolección de residuos, alumbrado, mantenimiento de desagües pluviales, etc.; e informa que durante los años 1994 a 1998 el GCBA no prestó los servicios en cuestión en la terminal portuaria 5.

v) El GCBA no controvirtió en su alegato la exactitud de las respuestas dadas por la AGP y por la terminal portuaria BACTSSA.

vi) CP cuestiona el "carácter dogmático" por carecer de "apoyatura en otras pruebas concordantes" que el juez Corti atribuye a las afirma-

ciones de AGP pues, por un lado, no se aclara en qué consiste dicho carácter dogmático y, por otro, se pretende que AGP aportara la prueba del hecho negativo que informaba.

II. *Agravios en materia de imposición de costas.*

CP plantea que en caso que el Tribunal confirmara la sentencia apelada, corresponde imponer las costas en todas las instancias en el orden causado pues considera que tuvo muy buenos argumentos para creerse con derecho a litigar. Por un lado, porque sostiene que el Tribunal no habrá de concordar con la postura del juez Centanaro en cuanto al pago bajo protesto, y, por otro, porque aunque el juez Corti rechazó el recurso por insuficiencia de prueba, el magistrado admitió que el tributo discutido es una tasa y que la prestación del servicio era esencial para la resolución de la causa.

III. *Agravios por la regulación de honorarios*.

CP considera los honorarios regulados a los letrados del Fisco excesivos en relación al mérito, extensión y eficacia de su labor. Destaca que el fallo de Cámara resolvió en función de una circunstancia no planteada por el Fisco (la falta de protesto) y de otra cuestión (insuficiencia de prueba sobre la falta de prestación de los servicios) no alegada por el GCBA.

También plantea que la regulación efectuada por la Cámara tiene origen en un error material, consistente en no haber tenido en cuenta que el monto del juicio en segunda instancia pasó a ser de $ 1.356.000.

I. *Agravios sobre la cuestión de fondo*.

5. En primer término conviene precisar que en esta instancia la discusión acerca de la naturaleza jurídica del ABL no ha sido introducida como agravio.

El propio recurrente, al finalizar el punto V del memorial de agravios, dice que "El voto del doctor Corti tiene el mérito de poner en el lugar central que le corresponde a la cuestión de la prueba de la ausencia de servicios, y al admitir que la suerte de la demanda resulta de dicha cuestión". Aunque el recurrente no lo expresa, también el voto del juez Centanaro hizo hincapié en tal cuestión. De tal manera, la complejidad inicial de la causa se ha diluido en el transcurso del proceso y en la expresión de los agravios de CP quedó limitada a aspectos referidos a la prueba producida en el expediente. Y, como se verá en el apartado siguiente, tales agravios fueron restringidos al voto del juez Corti.

6. Como lo he señalado al tratar el planteo de nulidad de la sentencia, el recurrente ha efectuado una interpretación incorrecta del fallo de la Alzada en relación con los fundamentos con los que el juez Centanaro justificó el rechazo de su apelación, al considerar que sólo tuvo en cuenta la falta de protesto. Este error en la interpretación trajo aparejado que en su recurso CP no dirigiera ninguna crítica tendiente a rebatir las razones vinculadas con la faz probatoria tenidas en cuenta por el magistrado para desestimar su apelación. El razonamiento del juez Centanaro puede resumirse del siguiente modo:

a) la carga de la prueba referida a la ausencia de prestación correspondía a CP por ser quien alegó tal circunstancia fáctica en su demanda;
b) la actora no acreditó dicha afirmación con la prueba producida, y
c) en tanto los inmuebles de la accionante no se encuentran dentro de las zonas dadas en concesión a la Administración General de Puertos (terminales portuarias n$^{os.}$ 5 y 6) "mal pudo haber dicha administración prestado los servicios invocados por la actora a sus inmuebles".

No obstante la ausencia de una crítica a esa parte del voto del juez Centanario, CP al agraviarse en relación con el voto del juez Corti sí expresó las razones por los cuales —a su juicio— debió tenerse por acreditada la falta de prestación del servicio (véase reseña efectuada en el punto 4.I.c. precedente). Una lectura sistemática del escrito de la parte revela cierta inconsistencia argumentativa. Aunque CP no se refiere al voto del juez Centanaro en cuanto a la prueba, cuestiona la ponderación de la misma efectuada por la Alzada. Sólo para evitar una interpretación ritualista del memorial de agravios que llevaría a declarar desierto el recurso (arts. 236 y 237, CCAyT) haré algunas consideraciones a este respecto.

7. La correlación de los agravios planteados contra la sentencia con los fundamentos de la decisión que no fueron objetados en el recurso permiten afirmar que CP:

a) no se agravió del criterio adoptado por los jueces en punto a que la carga de la prueba de la falta de prestación de los servicios le correspondía a su parte. En otros términos, consintió la aplicación efectuada por la Cámara de la regla general del art. 301, CCAyT, y
b) CP entiende que satisfizo la carga referida en a) con la prueba que se produjo (crítica al voto del juez Corti que abarca, razonablemente interpretada, la valoración del juez Centanaro).

En cuanto a lo primero, si bien existe una destacada corriente doctrinaria que afirma que cuando el contribuyente invoca la falta de prestación del servicio la carga de la prueba se invierte y es la Administración quien debe probar la prestación, o se somete la acreditación de ese hecho a la doctrina de la "carga dinámica" de las pruebas [en tal sentido puede consultarse la conclusión nº 7 del Tema I "Tasas y precios" de las "XV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario", Caracas-Venezuela, 1991; Spisso, Rodolfo: "Las tasas municipales de Inspección, Seguridad e Higiene y su no disimulada violación de los principios constitucionales de la tributación", *Derecho Tributario,* t. XVI, nº 91, enero 1998, pp. 5/6; y Casás, José O.: *Coparticipación y tributos municipales. Las tasas apócrifas y la prohibición de analogía*, Ad-Hoc, 2007, pp. 107/108] entiendo que esa doctrina no es aplicable al caso por dos razones fundamentales:

a) la primera —que ya fue expresada— porque la parte actora consintió la aplicación de la regla general en materia probatoria señalada en la sentencia apelada, al no expresar agravios en tal sentido;
b) la segunda, porque no se advierte que en el caso el criterio establecido en el art. 301, CCAyT, pusiera a CP ante la imposibilidad de ofrecer y

producir prueba en relación "a la existencia de un hecho controvertido". En efecto, la actora hubiera podido requerir, por ejemplo, que la demandada presentara o informara el circuito de recolección de residuos urbanos y el detalle de la red de alumbrado público en el área de la Ciudad en que se sitúan los inmuebles sobre los que versa el reclamo de CP. De haberse ofrecido y producido esa prueba el Tribunal hubiera podido constatar si los servicios llegan o no a los inmuebles afectados, o hasta dónde alcanzan. De ordinario, la prueba de un hecho negativo es de imposible o muy dificultosa realización. Sin embargo, como se trataba de documentación o información en poder de la propia accionada, de haberla CP ofrecido, si el GCBA no hubiera cumplido con el requerimiento se hubiera generado una presunción a favor de la actora (art. 316, CCAyT).

Por lo dicho, al no haber objetado la parte actora la carga de acreditar el hecho controvertido por el GCBA que da fundamento a su pretensión de repetición, y al no hallarse debidamente justificado que en el caso tal carga debía trasladarse a la contraparte, los agravios reseñados en el punto 4.I.c.i y 4.I.c.ii. no conmueven la decisión recurrida.

8. Pasaré, entonces, a ponderar los únicos agravios traídos en esta instancia que giran en torno a la cuestión de si está probado como pretende CP que el GCBA no prestaba los servicios que dan lugar al cobro reclamado.

El núcleo de la prueba relevante para decidir la cuestión lo constituyen los informes de AGP de fs. 359/360 y de BACTSSA de fs. 370/371.

Como ya he dicho, según CP el informe de la AGP afirma que el GCBA no prestó los servicios reclamados en las terminales portuarias 5 y 6, que fue la propia AGP quien tuvo inicialmente a su cargo tales tares con equipos propios; que, luego de concesionadas las terminales portuarias, cada una de ellas tomó a su cargo los servicios, y que a la fecha de efectuar el informe el servicio de recolección de residuos era realizado a través de la empresa TAYM S.A.

Estas manifestaciones nada agregan a la cuestión debatida. Como fue correctamente advertido por el juez Centanaro, no son lo mismo las *terminales portuarias* concesionadas por la AGP que las plantas *Puerto Nuevo* y *Nuevo Puerto* de las que Central Puerto es propietaria y por las que reclama. La distinción entre unos y otros inmuebles es sustancial para definir que la extensión de los informes rendidos no es la que pretende atribuirle CP. Así lo ha destacado la Procuración General durante el proceso, y del mismo modo fue receptada en las sentencias de las instancias anteriores.

El informe de AGP dice —y, en verdad, ello era lo único que de acuerdo con su documentación respaldatoria podía informar— que *el GCBA no prestó servicios en las terminales portuarias* y que *CP no abonó a AGP suma alguna por alumbrado, barrido, limpieza*, etc. Eso *nada acredita en relación con los inmuebles de la actora*. Se trata de información irrelevante en cuanto a lo que aquí se debate, esto es, si el GCBA prestó o no servicios a la actora.

Igual consideración merece el informe de BACTSSA, ya que señala que el GCBA no prestó servicios durante los años 1994 a 1998 "en la Terminal nº 5" (fs. 371).

Como se ve, los agravios señalados en el punto 4.I.c.iii. y 4.I.c.iv. no logran desvirtuar la valoración efectuada por la Alzada respecto de la insuficiencia de esas pruebas para sostener la demanda, que, reitero, se refiere a servicios a los inmuebles de la actora y no a las terminales portuarias.

De aquí se sigue que no era necesario que el GCBA controvirtiera en su alegato las respuestas dadas por la AGP y por BACTSSA. Por ello, el agravio de CP reseñado en el punto 4.I.c.v. no demuestra un error de la sentencia en la ponderación de la prueba ni tampoco que hubiera mediado consentimiento del GCBA con los alcances —errados— que CP pretende asignar a los informes.

Por lo demás, a partir del análisis precedente que evalúa los alcances de la prueba informativa de modo sustancialmente distinto al que intenta CP, el carácter "dogmático" que el juez Corti atribuye a las afirmaciones del informe de fs. 359/360 (punto XXXI, fs. 555 vta.) pierde la significación que le atribuye la apelante.

A mayor abundamiento, la AGP podía informar a partir de sus registros y documentos acerca de la situación de las terminales portuarias concesionadas por el Estado nacional, pero no parece razonable suponer que pudiera dar información acerca de la situación de CP, sociedad comercial propietaria de los predios por los que aquí se reclama repetición del pago de tributos.

9. En suma: los agravios de CP no logran demostrar errores en la apreciación de los hechos o del derecho en la sentencia apelada en cuanto al tema principal materia del recurso. Por ello, la apelación ordinaria debe ser rechazada en este aspecto.

II. *Agravios por la imposición de costas en primera y segunda instancia.*

10. CP plantea que las costas de las instancias anteriores debieron imponerse en el orden causado. Sostiene ella que "tuvo muy buenos argumentos para creerse con derecho a litigar", a saber: *a)* que no era exigible el pago bajo protesto; *b)* que el juez Corti admitió su posición en cuento a que el ABL es una tasa y a que resulta exigible la prestación del servicio; y *c)* que rechazó el recurso por insuficiencia probatoria (punto IV, fs. 593 vta.).

11. En cuanto a las costas de primera instancia, el actor en su apelación contra esa sentencia se limitó a expresar "que V.E. (...) debería admitir que mi parte tuvo muy buenos argumentos para creerse con derecho a litigar" y nada más (fs. 506).

Ni entonces ni ahora la parte actora hizo referencia a su consentimiento con lo resuelto por el juez *a quo* en cuanto rechazó su pretensión de reintegro de lo abonado por Contribución Territorial (que ascendía al 71,33 % aproximadamente del total reclamado) y de su pretensión de ser declarado exento del tributo. Su aceptación del pronunciamiento en cuanto no hizo lugar (en una cuantía significativa) a la demanda de repetición y a la pretensión declarativa, y su fracaso en la apelación por el monto restante, justifican la imposición de costas a su parte por aplicación del

principio objetivo de la derrota (art. 62, CCAyT). Principio que no se ve conmovido por las razones que expresa en su memorial ante esta instancia, pues el hecho que uno de los jueces coincidiese con la actora en cuanto a la naturaleza del tributo y la exigibilidad de la prestación del servicio, no permite perder de vista que CP perdió el juicio por no cumplir con la carga de acreditar en forma eficiente la imputación de falta de prestación de servicios que efectuó a la parte demandada.

III. *Agravios por la regulación de honorarios en segunda instancia.*

12. CP plantea dos tipos de agravios en contra de la regulación de honorarios a los letrados del GCBA por la actuación ante la Cámara (fs. 594 y vta.), que ascendió a $ 202.500:

a) considera los honorarios son excesivos en relación al mérito, extensión y eficacia de su labor, ya que el fallo de Cámara rechazó la apelación en función a una circunstancia no planteada por el Fisco (la falta de protesto) y a otra (insuficiencia de prueba sobre la falta de prestación de los servicios) no alegada por el GCBA.

b) la regulación tiene origen en un error material, ya que el monto del juicio en segunda instancia pasó a ser de $ 1.356.000.

13. El error de CP en la interpretación de la sentencia también se evidencia en este punto. Ya he señalado que ambos magistrados consideraron que la actora no probó sus dichos. Sin perjuicio de ello, es cierto que la estrategia de defensa del GCBA giró en torno a la innecesariedad de la prestación *uti singuli* de los servicios que dan base al tributo. Mas, de la lectura de su escrito de fs. 509/534 se advierte que planteó numerosas cuestiones que fueron útiles para la adecuada delimitación de la cuestión debatida, por ejemplo, la ubicación de los inmuebles de CP, su situación frente a los tributos locales, etc. En tanto la escala aplicable para los honorarios de la segunda instancia establece que deben fijarse entre un 25 % y un 35 % de los regulados en primera instancia (art. 14, LA), el porcentaje considerado por la Sala para la regulación efectuada (30 %) se ajusta a los parámetros legales y debe ser confirmado.

14. CP afirma que el monto del proceso, en segunda instancia, no era ya el de la demanda ($ 4.715.283), sino el de su apelación ($ 1.356.660). Por ello, considera que el 30 % regulado por la alzada debió efectuar la reducción "en función de la limitación en la materia del juicio", dando por resultado "un importe del orden de $ 58.700". No obstante la oposición de la Procuración General (fs. 618 y vta.), entiendo que le asiste razón en este punto al apelante.

En efecto, consentida la sentencia de primera instancia en cuanto rechazó la repetición por la Contribución Territorial, que ascendía a $ 3.358.622, CP sostuvo su demanda (por vía recursiva) sólo hasta la suma de $ 1.356.660. De tal manera, ambas partes dejaron de litigar en relación con aquella contribución y la controversia quedó ceñida al reclamo de repetición llevado a decisión de la Alzada, esto es, la suma de $ 1.356.660, esto es el 28,77 % del valor disputado en primera instancia.

El art. 19 de la Ley de Aranceles define al monto del proceso como "la suma que resulta de la sentencia o transacción". Ante el rechazo total de la demanda en primera instancia y la limitación de la apelación a una suma notoriamente inferior a aquella por la que se inició el juicio, considero que la suma discutida ante la Cámara fue sólo aquella por la que CP recurrió y expresó agravios y que ese es el monto sobre el que podía decidir la sentencia. Si bien es claro que el artículo no prevé el caso en que la pretensión económica no prospera, la CSJN ha señalado que el monto del juicio a considerar a los fines de la regulación de honorarios cuando se rechaza totalmente la demanda, es el total de la suma reclamada (*in re:* Agencia Marítima Dodero S.A. c/Provincia de Buenos Aires s/repetición", fallo del 22/12/1975 publicado en *Fallos*, 293:656).

Aplicando tales criterios a la particular situación de autos, se deberá considerar como base de cálculo para determinar los honorarios de segunda instancia (art. 14, LA) el 28,77 % de los honorarios regulados en primera instancia ($ 675.000), resultando, entonces, la suma de $ 194.197,50. El porcentaje para la segunda instancia, según lo expresé en el punto 13, es de 30 %, de lo que resulta como honorarios por la actuación ante la Cámara una suma levemente menor a la indicada por el actor en su recurso, por lo que cabe reducir la regulación efectuada por la Sala I a la suma de $ 58.700.

C. *Conclusiones.*

15. Por las razones expuestas en los puntos precedentes propongo al acuerdo confirmar el fallo recurrido, con excepción de la regulación de honorarios a los letrados de la Procuración por su intervención en la segunda instancia, los que deben ser reducidos a la suma indicada en el punto anterior.

Toda vez que CP trajo a decisión del Tribunal agravios referidos tanto al rechazo de la repetición como a los honorarios regulados por un total de $ 1.559.160 ($ 1.356.660 + $ 202.500), y que el recurso sólo prosperó por $ 143.800 por la reducción de honorarios ($ 202.500 – $ 58.700), cabe distribuir las costas entre las partes en la proporción en que resultaron vencidos, esto es, Central Puerto deberá soportar el 90,78 % y al GCBA en el 9,22 % de las costas de esta instancia.

En consecuencia voto por:

a) Rechazar el recurso de apelación ordinario planteado por Central Puerto contra la sentencia de fs. 542/556 vta. y su aclaratoria de fs. 566/567 vta.; con excepción del planteo referido a la regulación de honorarios de los letrados de la parte demandada ante la Cámara, efectuada en el punto b) de la sentencia aclaratoria, los que quedan establecidos en la suma de $ 58.700 (pesos cincuenta y ocho mil setecientos).

b) Imponer las costas del recurso a la actora vencida en un 90,78 % y al GCBA en un 9,22 %.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

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

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. El agravio sustentado en la ausencia de una mayoría debe ser rechazado, porque parte de una premisa falsa: que el doctor Centanaro desestimó la pretensión de repetición basándose *única y/o principalmente* en que la actora no efectuó ningún pago bajo protesta.

Sin embargo, este argumento desarrollado por el doctor Centanaro, y no compartido por el doctor Corti, no es esencial a la hora de definir la suerte del recurso de apelación, ya que fue emitido —como lo reconoce el propio doctor Centanaro a fs. 546 *in fine*— "a mayor abundamiento". Lo que determinó el rechazo de dicho recurso por ambos camaristas, es que la actora no acreditó la ausencia de efectiva prestación, por parte de la ex Municipalidad y el GCBA, de los servicios de alumbrado, barrido, limpieza, mantenimiento y limpieza de sumideros, de pavimentos y aceras, *en la zona donde se encuentran ubicados los inmuebles de la actora.*

Este razonamiento conforma el núcleo del fallo cuestionado, y por lo tanto no se advierte la pretendida inexistencia de fundamentos coincidentes en los votos de los camaristas.

2. Con respecto a los agravios vertidos contra la decisión de fondo, adhiero a los puntos 5 al 9 inclusive del voto de la doctora Ruiz.

Como correctamente destaca la doctora Ruiz, aludiendo al voto del doctor Centanaro, en el expediente no está acreditado que los inmuebles de la actora se encuentren dentro de las terminales portuarias nº 5 y 6, concesionadas por la AGP. Por el contrario, de cierta prueba informativa parecería desprenderse lo contrario, como ocurre con el informe presentado por BACTSSA —empresa concesionaria de la terminal nº 5— según el cual "...Los terrenos ocupados actualmente por Central Puerto S.A., que ocupan gran parte de la superficie del quinto Espigón, están excluidos de los límites de la Terminal Concesionada..." (fs. 370, punto c).

Por lo tanto, toda la prueba producida por la actora (ver, especialmente, informes de fs. 359/360 y 370/371), orientada a probar que en dichas terminales portuarias los servicios de alumbrado, barrido, limpieza, mantenimiento y limpieza de sumideros, de pavimentos y aceras no eran realizados por el GCBA sino por la AGP y, luego, por las empresas concesionarias —por sí o contratando otras empresas—, resulta inconducente, superflua.

En consecuencia, las críticas deslizadas por el recurrente referidas a la presuntamente incorrecta valoración de aspectos probatorios, resultan irrelevantes, ya que atacan aspectos secundarios de la resolución pero no controvierten, con la seriedad que exige cualquier recurso, el núcleo de la sentencia cuestionada.

Por último, cabe destacar que la falta de acreditación de la ausencia de prestación efectiva de los servicios públicos controvertidos en la zona en que se encuentran ubicados los inmuebles de autos, perjudica a la actora, ya que sobre ella recae la carga de la prueba (conf. art. 301, CCAyT). Si bien nos referimos a un *hecho negativo,* cuando aquél es presupuesto de actuación de la norma que una parte invoca a su favor, no existen razones que releven a dicha parte de la carga

de la prueba, ya que la regla según la cual "la negativa no debe probarse" sólo es válida cuando se refiere a la mera negativa o desconocimiento, por parte de un parte, de los hechos afirmados por la contraparte, supuesto distinto al de autos (conf. Palacio, Lino E.: *Manual de derecho procesal civil*, 17ª ed. actualiz, LexisNexis, Buenos Aires, 2003, p. 401).

Y tampoco se trata de un caso de "prueba diabólica" o de imposible cumplimiento, ya que si bien el hecho negativo no es susceptible de comprobación directa, la actora podría haber intentado acreditar hechos positivos que permitan *presumir* el negativo, como por ejemplo —y como acertadamente destaca la doctora Ruiz— solicitando que el GCBA informe sobre el circuito de recolección de residuos y la red de alumbrado público en la zona en que se encuentran ubicados los inmuebles de la actora, cosa que no hizo.

3. Con respecto al agravio referido a la imposición de costas en primera y segunda instancia, el argumento esencial para rechazarlo es que la pretensión de la actora fue desestimada en ambas instancias por no haber acreditado los extremos que tornarían procedente la acción, más precisamente no probó la ausencia de prestación del servicio público pertinente.

Por lo tanto, y aún suponiendo que la actora se considerase con razón para litigar, lo cierto es que nunca debió iniciar —en primera instancia— y proseguir —en la Cámara— la presente acción judicial si no podía probar sus alegaciones, algo que ni siquiera intentó, como se desprende de su ofrecimiento de prueba (ver fs. 200/201). Esta actitud descuidada, desde el punto de vista procesal, brinda plena justificación a la imposición de costas a la vencida en ambas instancias.

4. En cuanto al agravio relativo a la regulación de honorarios por trabajos realizados en la alzada, comparto la solución que propone la doctora Ruiz y los fundamentos brindados en los aparts. 13 y 14 de su voto, sin perjuicio de realizar ciertas consideraciones en cuanto a la forma de calcular la base regulatoria.

En primer lugar, la base regulatoria debe estar compuesta sólo por el interés comprometido con el recurso, en desmedro de la frase de la ley que alude a *"la cantidad que deba fijarse para los honorarios de primera instancia"*. Por lo tanto, si se apela solamente uno o algunos rubros de la pretensión de repetición de impuestos, esos son los montos que corresponde considerar al momento de establecer la base regulatoria, y no aquellos que fueron desestimados en la sentencia de primera instancia y consentido dicho rechazo por el apelante.

En segundo lugar, y aquí radica mi discrepancia en cuanto a los fundamentos —y no a la solución— expuestos en el voto de la doctora Ruiz, considero que no corresponde regular los honorarios de alzada como un porcentaje de la cantidad "fijada" en primera instancia, sino más bien de la cantidad que "deba fijarse" (*Fallos*, 308:2022, y mis votos en "Spisso, Rodolfo R: s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ´Spisso, Rodolfo R. C/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)", expte. nº 1066/01, resolución del 19/3/2003; y "Gómez Villalba, Nelzon y otros c/GCBA (Hospital 'Bernardino Rivadavia') s/daños y perjuicios s/recurso

de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 5257/07 y su acumulado "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Gómez Villalba, Nelzon y otros c/GCBA (Hospital Bernardino Rivadavia) s/daños y perjuicios'", expte. nº 5243/07, resolución del 21/11/2007).

Es decir, los honorarios establecidos por los trabajos realizados en primera instancia constituyen un parámetro *orientativo* pero no condicionante de la regulación a realizar en la alzada, o en otras palabras, el monto de los honorarios correspondientes a trabajos en segunda instancia no debe consistir automáticamente en determinado porcentaje de la regulación firme de primera instancia, pues de otro modo cualquier error cometido al regular éstos últimos no podría repararse en la alzada (conf. CNCiv., Sala D, 27/10/1978, "Avella de Federico, Margarita L. c/Aquino, Rosa", *ED,* 80-614).

Otro argumento sólido para sostener el criterio expuesto en el párrafo anterior, es que los honorarios de primera instancia pueden verse disminuidos en el supuesto de intervenir varios profesionales —conjunta o sucesivamente— por una misma parte, conforme lo establecen los arts. 10 a 13 y 37 de la ley 21.839, normas que podrían no resultar aplicables a los trabajos realizados en la alzada en caso que no ocurra esta múltiple intervención profesional.

Sin embargo, no encuentro fundamentos que justifiquen no tener en cuenta los honorarios regulados en primera instancia al momento de determinar la base de cálculo, por lo tanto comparto la regulación de honorarios practicada en el punto 14 último párrafo del voto de la doctora Ruiz.

5. Por todo lo expuesto, voto por rechazar el recurso de apelación, con costas impuestas en la proporción indicada por la señora jueza de trámite en su voto, de acuerdo al éxito del recurso.

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

1. La parte actora recurre la sentencia de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario por apelación ordinaria, la que resulta formalmente procedente: *a)* por dirigirse contra una sentencia definitiva; *b)* por ser la Ciudad parte y *c)* en tanto el monto del agravio discutido en último término supera el exigido por las normas de rito.

2. Al mismo tiempo, la articulación incoada plantea la nulidad del fallo recurrido aduciendo la ausencia de fundamentos coincidentes en los votos emitidos por los magistrados del Tribunal *a quo* (jueces Esteban Centanaro y Horacio G. Corti) y se agravia, asimismo, en cuanto a la decisión de fondo adoptada por la Sala.

Respecto del pedido de nulidad de la sentencia, el mismo no puede prosperar, por cuanto en ambos votos se han desarrollado fundamentos —algunos coincidentes: ausencia de prueba sobre la falta de prestación del servicio legitimante de las prestaciones públicas exigidas y caracterizadas como tasas; y otros discrepantes: falta de protesta por el contribuyente en los pagos realizados—. Así entonces, la convergencia discursiva parcial, y más allá del hecho de que uno de los argumentos

haya sido abordado en forma encontrada impiden descalificar el pronunciamiento en consideración como acto jurisdiccional válido.

3. De todos modos, para precisar el aspecto dirimente y núcleo central de la controversia, se torna conveniente, por razones metodológicas, y de modo preliminar, dejar sentado que en opinión de los suscriptos *la falta de protesta al momento del pago de los tributos que se pretenden poner en crisis resulta insustancial para la procedencia de la acción de repetición.* Tal recaudo constituyó una creación pretoriana en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir de la causa: "Don Domingo Mendoza y hermano c/La Provincia de San Luis, s/derechos de exportación" (*Fallos,* 3:131), sent. del 5/12/1865, donde se lo fundó en "la penuria en que han quedado las provincias con la privación de los derechos de importación y exportación de las aduanas, los cuales fueron atribuidos exclusivamente por la Constitución al gobierno nacional". Tiempo después, *in re*: "Don José Derito y otros contra la Provincia de San Juan, sobre inconstitucionalidad de la ley y devolución de impuestos" (*Fallos,* 116:292), sent. del 25/2/1913, el Alto Tribunal señaló en los considerandos "que no teniendo la provincia conocimiento formal de la disconformidad de los actores con el impuesto aludido hasta ... la fecha de la notificación de la demanda ..., ha podido invertir los fondos percibidos de los demandantes por el concepto aludido, en gastos del servicio público y en garantías de seguridad a favor de los bienes y de las personas establecidas en su territorio", lo que se reitera en la causa: "Llames Hermanos v. Provincia de Buenos Aires, s/repetición" (*Fallos,* 183:356), sent. del 28/4/1939, "que en diversos fallos esta Corte Suprema ha declarado reiteradamente que la protesta es un requisito indispensable para la procedencia de la demanda sobre la repetición de las sumas pagadas por concepto de impuestos, destacando como uno de sus fines principales el de poner en conocimiento del gobierno la disconformidad de los contribuyentes con el gravamen que se les cobra, para evitar la inversión de esa renta o para darles la oportunidad de arbitrar los recursos tendientes a obviar los inconvenientes que traería aparejada una posible repetición (*Fallos,* 3:131; 99:355; 119:299 y 182:219, y muchos otros)".

De todos modos, el Tribunal cimero dejó de lado la exigencia de la protesta previa en diversos supuestos debilitando de tal modo, por vía de excepciones la doctrina jurisprudencial (cobros reclamados por vía ejecutiva o de apremio; pagos realizados por error, etc.).

En cuanto a los tributos nacionales regidos por la ley 11.683, no se requiere para la repetición el apuntado recaudo. Otro tanto ocurre en el derecho positivo de la Ciudad constituido por las diversas versiones de su Ordenanza Fiscal —hoy Código Fiscal—, lo que permite concluir en este aspecto que tal requisito ha perdido al presente toda vigencia, por cuanto ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación que debe prescindirse de la protesta cuando la legislación respectiva prevé un procedimiento para la repetición que no lo contempla (conf. los pronunciamientos recaídos en las siguientes causas: "Standard Oil Co (New Jersey) v. Dirección General del Impuesto a los Réditos" —*Fallos*, 194:345—, sent.

del 2/12/1942; "Cía. Tierras del Oeste v. Nación Argentina" —*Fallos*, 198:50—, sent. del 18/2/1944; "S.A. Cía. San Pablo de Fabricación de Azúcar v. Dirección General del Impuesto a los Réditos" —*Fallos*, 202:443—, sent. del 3/9/1945, y "S.A. Transradio Internacional v. Provincia de Buenos Aires" —*Fallos*, 269:92, considerando 18—, sent. del 11/10/1967, entre muchos otros).

Por lo demás, en el orden local y bajo el régimen de la ley 19.987, Orgánica de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires que aforaba a este ente local a la justicia en lo civil, a través de la Cámara Nacional de Apelaciones de dicho fuero por sentencia recaída hace más de treinta años, en el plenario del 15/7/1977, autos: "Kartopapel S.A. c/Municipalidad de la Capital" (*LL,* 1977-C, p. 361 y ss.), se consagró como doctrina plenaria que: "No es necesaria la protesta previa para repetición de un impuesto pagado indebidamente, por lo que queda modificada en tal sentido la doctrina plenaria sentada en autos: 'Prego, Domingo', del 1º/8/1953" (v. al respecto el lucido voto del juez de Cámara Jorge Horacio Alterini). Valga advertir que la doctrina sentada en el precedente que se dejaba de lado del año 1953, importó un viraje rotundo respecto de anteriores plenarios de igual fuero que se habían expresado por la innecesariedad de la formalidad de la protesta para el ejercicio de la acción de repetición (conf. Plenarios de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil del 30/3/1932, en la causa: "Palacios de Cáceres y otros c/Municipalidad de la Capital" —*JA*, XXXVI-1082 y ss.— y del 19/10/1939, en la causa "The River Plate Coal Co. Ltd. c/Municipalidad de la Capital" —*LL*, t. 16, pp. 306 y ss.—).

El exigir como recaudo de la repetición frente a un pago indebido que el mismo haya sido realizado bajo protesta contraviene principios fundamentales acogidos en la Constitución Nacional y en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como son los relativos al derecho de acceso a la justicia, la posibilidad de revisión judicial de la acción de la administración, la garantía de la tutela judicial efectiva y el derecho de defensa en juicio, aspectos extensamente abordados en el fundado voto del juez de Cámara Horacio G. Corti.

4. Ingresando en la materia central en debate, viabilidad de la repetición por ausencia de prestación del servicio, es posible el tratamiento en conjunto de los tributos que se pretenden poner en crisis en esta causa, esto es las contribuciones por alumbrado, barrido y limpieza, mantenimiento y limpieza de sumideros, y de pavimentos y aceras, por responder todas ellas a una matriz conceptual unitaria en cuanto alcanzan a los titulares de ciertos derechos sobre inmuebles —principalmente a quienes detentan el dominio— y operan con una mecánica de determinación cuantitativa semejante. Ello se explica, si se los aprecia como un "conglomerado de tributos" que si bien abarcan distintos presupuestos de hecho poseen en común una idéntica base imponible —avalúo fiscal atribuido a los inmuebles—, a partir de la cual se calcula, de manera diferenciada, el *quantum* de cada una de las prestaciones públicas, según se trate de la aplicación de una alícuota fija —que es lo que ocurre en nuestro caso— o de una tarifa progresiva —que es lo que acontece en la contribución territorial— (conf. punto XIII del voto del juez Horacio G. Corti).

5. Sentado lo expuesto, queda por dilucidar a quién le corresponde la carga probatoria sobre la prestación efectiva de los servicios que generan la obligación de pago de los distintos tributos que se intentan repetir y, además, si las afirmaciones, negaciones y elementos probatorios allegados a la causa son suficientes para formar convicción sobre el punto.

6. Queda por definir, incluso preliminarmente, si hay hechos controvertidos teniendo en cuenta la afirmación categórica en que sustenta la demanda de "inexistencia de prestación de los servicios", por haber merecido una respuesta, al menos lábil, del Gobierno de la Ciudad, a partir, por un lado, de una negativa genérica de los hechos sostenidos por la actora (punto 21: "La alegada ausencia de servicios públicos prestada por mi representada"; punto 25: "Que el GCBA no presta ni la MCBA prestaba servicios en la zona portuaria del Puerto Nuevo de la Ciudad de Buenos Aires"; punto 27: "La alegada falta de prestación de servicios municipales en la zona del Puerto Nuevo de la Ciudad de Buenos Aires..."; punto 30: "Que de los pliegos de licitación de las terminales portuarias surja que el GCBA no tiene a su cargo la prestación del servicio público de Alumbrado, Barrido y Limpieza y Mantenimiento de Pavimentos y Aceras, Recolección de Residuos y Mantenimiento de Sumideros", v. fs. 241 vta. y 242). Ello contrastado con la afirmación contenida en el punto 48 a tenor de la cual se niega "que la Corte Suprema de Justicia de la Nación hubiera reconocido que el gravamen motivo de autos es una tasa que exige como presupuesto para su cobro la existencia de un servicio efectivamente prestado en forma particularizada al contribuyente" (v. fs. 243 vta.), como todas las manifestaciones concordantes que a lo largo del proceso ha venido reiterando la representación del Gobierno de la Ciudad.

Las negativas transcriptas precedentemente, si bien no infringen el principio lógico fundamental de no contradicción, debilitan la fuerza argumentativa que pueda resultar de las apuntadas formulaciones para convertir a los hechos en plenamente controvertidos y, de todos modos, al menos no se compadecen con las exigencias impuestas al Estado desde antiguo por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Así, el Alto Tribunal *in re*: "Don Manuel Ocampo con la Administración de Rentas del Rosario, sobre mercaderías embargadas" (*Fallos,* 10:203), sent. del 27/6/1871, dejó sentado que la Administración Fiscal, en tal oportunidad la Aduana, debía ser *leal, franca y pública en sus actos.* Mucho tiempo después, el mismo Estrado, en la causa "Aerolíneas Argentinas Sociedad del Estado v. Provincia de Buenos Aires" (*Fallos,* 308:2153), sent. del 13/11/1986, hizo hincapié, que al momento de desplegar sus potestades tributarias recaudatorias el Fisco no podía perder por norte *la ejemplaridad que debe presidir los actos del Estado*.

7. Ahora bien, vista la plataforma fáctica desde la prueba producida en las actuaciones por la propia actora, se advierte que si su intención fue tomar a su cargo la prueba de los hechos, se torna insuficiente para tener por acreditada la falta de prestación de los servicios que alega. A ello contribuyen los siguientes elementos de juicio:

a) No está debidamente acreditado que los inmuebles en los que se emplazan las usinas Nuevo Puerto (partida 457.286) y Puerto Nuevo (partida 457.287) coincidan con las terminales portuarias 5 y 6, según así las individualiza la AGP. Al respecto, en la prueba informativa obrante a fs. 370/371, punto c), —respuesta brindada por BACTASSA (Buenos Aires Containers Terminales Services S.A.)—, puede leerse: "Según los términos del Pliego Técnico Particular correspondiente a la Terminal 5 concesionada a Bactassa, esta terminal se 'localiza en el quinto Espigón de Puerto Nuevo, incluyendo la cabecera de la Dársena D... según se indica en el croquis 5.1'. Los terrenos ocupados actualmente por Central Puerto S.A., que ocupan gran parte de la superficie del quinto Espigón, están excluidos de los límites de la Terminal Concesionada. A tales efectos, se acompañan a la presente copia de las partes pertinentes del Pliego Técnico Particular correspondiente a la Terminal 5".

b) Tampoco están acreditados los límites del *área primaria aduanera* y que ello sea un obstáculo para la prestación de los servicios. Tal planteo, además de constituir una reflexión tardía de la actora recién introducida al momento de presentar el memorial que sostiene el recurso ordinario de apelación, tampoco es concluyente. A mayor abundamiento cabe enfatizar que no se justifica razonada y fundadamente en tal pieza procesal por qué motivo aquello que está dentro de los límites del área primaria aduanera pueda verse sustraído, en términos fácticos, de la prestación de los servicios que brinda hoy el GCBA como contrapartida de las tasas inmobiliarias que aquí se debaten. Adviértase que la existencia de un área primaria aduanera no es óbice para el ingreso del personal que cumple tareas en las terminales portuarias ni en las centrales eléctricas, lo que descarta, tomando las prevenciones del caso, que los inmuebles se encuentren más allá de donde los agentes públicos puedan llegar para brindar las tareas necesarias o prestar los servicios particularizados que aquí se controvierten.

c) En cuanto a la efectiva prestación de los distintos servicios por parte de la AGP (v. fs. 359/360), análogos a los que debería brindar en esa zona el GCBA, tal circunstancia no permite formar criterio, ya que el contribuyente no puede sustraerse de la obligación fiscal proveyéndose privada o, incluso, públicamente de los servicios a través de un tercero buscando una mayor calidad o condiciones especiales de los mismos. Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido *in re*: "S.A. Frigorífica Cía. Swift de La Plata v. Nación Argentina" —*Fallos,* 251:50—, sent. del 11/10/1961, que la sola circunstancia de que el contribuyente carezca de interés en el servicio estatal no basta para eximirlo del pago de la tasa respectiva. A su vez, el Alto Tribunal, en la causa: "Municipalidad de San Lorenzo v. Yacimientos Petrolíferos Fiscales" —*Fallos,* 251:222—, sent. del 8/11/1961, ha dejado señalado que el pago de una tasa constituye una

obligación impuesta por la solidaridad con la existencia misma del servicio estatal, incluso por parte de quienes no lo aprovechan rigurosamente, carezcan de interés en recibirlo, o se hayan resistido a su prestación.

Por lo demás, la aseveración de la AGP en la contestación del oficio individualizado precedentemente, contenida en el punto e), donde se expresa: "El gobierno de la Ciudad de Buenos Aires no prestó servicios de alumbrado, barrido, limpieza, mantenimiento, y limpieza de sumideros, mantenimiento de pavimentos y aceras en la Zona del Puerto Nuevo, donde se encuentran las Terminales Portuarias nros. 5 y 6, que dieran lugar al pago de tasas municipales. En la actualidad, el servicio de recolección de residuos se realiza a través de la Empresa TAYM S.A.", resulta totalmente inatingente, por cuanto escapa a la competencia de tal organismo nacional el actuar como fedante de dichos extremos, más aun cuando los mismos vienen constituidos por hechos negativos de difícil comprobación; todo lo cual convierte a tal aserto en una afirmación puramente dogmática. A lo sumo, tal afirmación, tomada con las prevenciones del caso, es una prueba introducida sin el contralor de la otra parte, que no tendría más alcance que la puramente testimonial.

8. Al producirse la intervención del Tribunal a partir de un *recurso ordinario de apelación* que lo convierte en *tercera instancia de mérito,* es del caso señalar que, a partir de la insuficiencia del marco probatorio reseñada en detalle en los puntos precedentes, se hace menester decretar una medida para mejor proveer ceñida a corroborar si, en el caso, se han prestado los servicios justificantes de las prestaciones públicas coactivas en debate, tal como lo requiere la Corte Suprema de Justicia de la Nación, según doctrina emblemática sentada en la causa: "Compañía Química S.A. v. Municipalidad de Tucumán" —*Fallos,* 312:1575—, sent. del 5/9/1989, conforme a la cual es menester que al cobro de una tasa *debe corresponder siempre la concreta, efectiva e individualizada prestación de un servicio relativo a algo no menos individualizado (bien o acto) del contribuyente*, con reenvío al precedente: "Cándida de Gregorio viuda de Cipriano y Otros" —*Fallos,* 236:22—, sent. del 3/10/1956; afirmaciones reiteradas con la nueva composición del Alto Tribunal *in re*: "Massalin Particulares S.A. v. Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur" —*Fallos,* 329:792, considerando 6º *in fine*—, sent. del 21/3/2006.

Ello se justifica dado que no corresponde permanecer indiferente respecto de la búsqueda de la verdad objetiva que subyace en la controversia, a tenor de lo previsto en el *art. 29, inc. 2º del CCAyT* que, dentro de las facultades ordenatorias e instructorias propias de los jueces prescribe que "aun sin requerimiento de parte, los tribunales pueden... ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes".

Las facultades instructorias de los jueces, en este sentido, no chocan con el principio general en materia de carga probatoria, contemplado en el art. 301 del Código de rito que establece que "incumbe la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido..." y que "cada una de las partes tiene la carga de probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción". Es que, a este respecto, incluso

se ha propuesto por la doctrina mayoritaria del derecho tributario latinoamericano, alterar en este caso el *onus probandi*, acogiendo la *doctrina de las cargas probatorias dinámicas* —v. Peyrano, Jorge W. (dir.) y Lépori White, Inés (coord.): *Cargas probatorias dinámicas*, obra colectiva, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004—, ligadas al deber de colaboración y enderezadas a esclarecer en plenitud la verdad jurídica objetiva. A tenor de ella, la carga de probar se adjudica a la parte que se encuentra en mejores condiciones de hacerlo, aunque ello importe invertir el tradicional principio que preside tal aspecto procesal. Así, deberá computarse la aptitud y comodidad de cada parte para prestar su ayuda para esclarecer los hechos, teniendo en cuenta la posición dominante o privilegiada en que pueda encontrarse respecto de tales hechos o en relación fáctica con el *sustractum* litigioso. Sobre el punto, Inés Lépori White, ha señalado: "Esta teoría sostiene que, más allá del carácter de actor o demandado, en *determinados supuestos* la *carga de la prueba* recae sobre *ambas partes*, en especial sobre aquella que se encuentra en *mejores condiciones para producirla*. Así pues, esta nueva teoría no desconoce las reglas clásicas de la *carga de la prueba*, sino que trata de *complementarla* o *perfeccionarla*, flexibilizando su aplicación en todos aquellos supuestos en que quien debía probar según la regla tradicional se veía imposibilitado de hacerlo por motivos completamente ajenos a su voluntad" (conf. Lépori White, Inés: "Cargas probatorias dinámicas", parág. IV: "Cargas probatorias dinámicas", punto 1: "Concepto", en: ob. cit. precedentemente citada, pp. 35 y ss., en particular p. 60). Esta solución fue recogida por unanimidad en las conclusiones a que se arribara en las *XV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario* —foro que reúne no sólo a los juristas y profesores de la especialidad de este ámbito, sino también de España, Portugal e Italia—, llevadas a cabo en Caracas, Venezuela, en el año 1991 (Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario: *Estatutos. Resoluciones de las Jornadas*, pp. 113 y ss., en particular pp. 113 a 116, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2004), teniendo en cuenta que es la Administración quien, por desplegar la actividad pública que da lugar al pago de las tasas, es quien tiene más facilitada la posibilidad de acreditar que dicha actividad efectivamente se ha cumplido.

Como conclusión de lo expuesto, estimamos que considerar infundado el recurso por no haberse agraviado el apelante de los argumentos brindados por uno de los magistrados de la Cámara *a quo* en el sentido de que quien alega debe probar, parece excesivo cuando en el memorial de agravios se ha insistido en que arrimar a las actuaciones otros elementos de convicción, sobre hechos que la parte reputa negativos, constituirían una prueba de muy difícil obtención, más aun cuando la doctrina en punto a las tasas no es totalmente pacífica respecto al *onus probandi*, sobre todo, como se apuntara, desde la perspectiva de las concepciones dinámicas que la desplazan a la Administración.

9. En virtud de las consideraciones expuestas, corresponde citar a las partes a una Audiencia para que expresen lo que estimen atinente, previo a disponer la medida para mejor proveer conducente al esclarecimiento de la verdad jurídica

objetiva en torno de la efectiva prestación de los servicios públicos justificantes del cobro de los tributos que se cuestionan en la causa.

Así lo votamos.

Por ello, emitido el dictamen del Fiscal General Adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de apelación ordinario planteado por Central Puerto contra la sentencia de fs. 542/556 vta. y su aclaratoria de fs. 566/567 vta.; con excepción del planteo referido a la regulación de honorarios de los letrados de la parte demandada por su intervención ante la Cámara, los que quedan establecidos en la suma de $ 58.700 (pesos cincuenta y ocho mil setecientos).

2º. *Imponer* las costas del recurso a la actora vencida en un 90,78 % y al GCBA en un 9,22 %.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

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

XI

"FIGUEROA, NORA C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Programa de asistencia habitacional. Amparo. Familias en situación de calle. Derecho a una vivienda digna. Art. 31 de la CCBA. Principio de progresividad. Control judicial del gasto público.

SUMARIOS:

1. El Estado no puede adoptar por acción u omisión conductas regresivas en materia de derechos humanos y si lo hace debe justificar por qué sus recursos no le permiten seguir atendiendo las necesidades de quienes reclaman judicialmente por la afectación de un derecho constitucional básico, como es el de la vivienda digna. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

2. En la medida en que el Estado no pueda proporcionar soluciones permanentes, el subsidio debe ser regla, porque la pobreza crítica es la situación de excepción que el constituyente ha optado por resolver progresivamente (conf. art. 31.1, CCBA). *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

3. El derecho a una vivienda integra el plexo de los llamados "derechos sociales" que sólo pueden ser entendidos en un horizonte de sentido orientado hacia la

igualdad, lo que está muy lejos de significar que ellos sean promesas o programas, que no puedan ser exigidos al Estado por individuos o grupos. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

4. El escrutinio judicial del gasto público es viable y no invade la competencia de otros poderes, cuando en un proceso en el que se impugna la lesión de derechos, la consideración de ese gasto resulta dirimente. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

5. Corresponde rechazar el amparo cuando de las constancias del proceso resulta que a la fecha, las titulares de los derechos debatidos en él, abandonaron el ejercicio de las potestades hasta ahora reconocidas sin que exista certeza en relación con la subsistencia o no de la situación de vulnerabilidad social denunciada por la actora al momento de promover el amparo. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde, José O. Casás y Luis F. Lozano).*

Expte. nº 4987/06 - 20/2/2008

VISTO:

el expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. La señora Nora Figueroa, quien junto con su familia resultó beneficiaria del subsidio implementado a través del dec. 895/02, dedujo acción de amparo (fs. 21/31) por derecho propio y en representación de su hija menor de edad contra el GCBA a fin de que se las reincorporara a los programas de emergencia habitacional que dependen de la Secretaría de Desarrollo Social.

Fundó su demanda en los derechos que acuerdan los arts. 10, 17, 20 y 31 de la CCBA y 14 bis de la C.N. así como en los tratados internacionales sobre derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 de la C.N.) y contienen prescripciones normativas en sentido concordante.

La amparista sostuvo, centralmente, que la demandada "...ha decidido no otorgar subsidios de carácter habitacional sino por única vez, por un monto máximo por familia (confr. art. 6º dec. 895/02), y sin ofrecer ninguna otra alternativa válida que permita hacer frente a la emergencia habitacional..." (fs. 28), lo cual "...se torna manifiestamente irrazonable y se traduce como un condicionamiento regresivo de la prestaciones sociales" (fs. 28). Señaló, además, que su situación es particularmente grave pues padece de hepatitis B, esofagitis grado C, artrosis e insuficiencia cardíaca, razón por la cual le es negada la inclusión en el sistema de hogares del Programa integrador para personas sin techo atento que el Reglamento de dicho Programa prevé como causal de egreso, entre otras, poseer enfermedades infecto-contagiosas de riesgo masivo.

Planteó la inconstitucionalidad del art. 6º del dec. 895/02 "...y de toda otra norma que implique restringir el derecho a acceder a los planes de emergencia habitacional..." (fs. 29 vta.) y requirió el dictado de una medida cautelar tendiente a

que, mientras dure la tramitación de las presentes actuaciones, se la incluya junto al grupo familiar conviviente en los programas de emergencia habitacional (fs. 29).

2. La medida precautoria, concedida por la jueza de primera instancia (fs. 42/44 vta.), fue cumplida por la accionada según surge de las constancias de fs. 50 y 52.

3. El GCBA produjo el informe que prescribe el art. 8º de la ley 16.986 (fs. 61/74).

4. El amparo fue admitido por la jueza de grado (fs. 110/115) quien ordenó a la Administración que "...incluya a la actora y su hija en alguno de los planes de emergencia habitacional vigentes..." (fs. 115). Las costas fueron impuestas a la vencida.

Dicha decisión fue apelada por el GCBA (fs. 118/124 vta.).

5. La Sala II de la Cámara CAyT —con fundamento en normas protectorias en materia de derechos humanos— rechazó el recuso de apelación y confirmó la decisión cuestionada, con costas a la vencida (fs. 153/161).

6. El GCBA dedujo el recurso de inconstitucionalidad que luce a fs. 164/173 (que no fue contestado por la contraria) pues consideró que la Cámara: a) formuló una interpretación inadecuada de los arts. 14 bis de la C.N., 31 de la CCBA y de la expresión "políticas especiales" del art. 17 de la CCBA así como de la exigibilidad de los derechos sociales y del principio que prohíbe la regresividad en dicho ámbito (conf. art. 75, inc. 22 de la C.N.) y, b) se extralimitó en el ejercicio de la función jurisdiccional.

7. Luego de que fuera interpuesto el recurso de inconstitucionalidad, entró en vigencia el dec. 690/06 (*BOCBA* 2463 del 21/6/2006) por el cual se derogó el dec. 895/02 —a cuyos beneficios se acogieran la actora y su familia— y se implementó el programa "Atención para Familias en Situación de Calle" previéndose, a favor de quienes acrediten encontrarse en ciertas condiciones, un subsidio que "…consiste en la entrega, de un monto de hasta pesos dos mil setecientos ($ 2.700), el que puede ser otorgado en seis (6) cuotas iguales y consecutivas de hasta pesos cuatrocientos cincuenta ($ 450) cada una, pudiendo la autoridad de aplicación ampliar el presente subsidio inclusive en una suma adicional de pesos mil ochocientos ($ 1.800), pagadera en hasta cuatro (4) cuotas iguales y consecutivas de pesos cuatrocientos cincuenta ($ 450) cada una, en los casos particulares que, a criterio de aquélla, ameriten la mencionada extensión, en orden a la persistencia de la situación que en su momento, motivara la entrega del beneficio" (art. 5º del decreto citado).

8. El recurso de fs. 164/173 fue admitido por la Sala II (fs. 194/195) al considerar que "...en tanto hubo *interpretación* [constitucional] (...) media *cuestión constitucional*..." (fs. 195, las cursivas son del original).

9. En el transcurso del proceso, la Srta. Gladys Elizabeth Trucido Figueroa adquirió la mayoría de edad, razón por la cual fue citada (fs. 206) a fin de que com-

pareciera a tomar intervención por sí misma en el juicio. La notificación respectiva resultó infructuosa tal como surge de fs. 210.

Las actuaciones fueron remitidas a la Defensoría General en atención a lo prescripto por el art. 24, inc. 1º de la ley 21 (fs. 211). La Defensora General Sustituta manifestó (fs. 212) que "...si bien de las constancias de la causa surge que tanto la señorita Trucido Figueroa como su madre no residen ya en el domicilio oportunamente denunciado (conf. diligencias de fs. 207 vta. y 210 vta.), no existe a su cargo, en esta instancia y en el estado procesal en que se encuentran los autos, trámite alguno pendiente de producción en los términos previstos en la ley 402.// De allí que (...) sólo corresponde que el Tribunal Superior disponga el pase de los autos al acuerdo y se dicte el pertinente fallo" (*sic*).

La jueza de trámite, Alicia E. C. Ruiz, dispuso que los autos pasaran al acuerdo para dictar sentencia (fs. 213).

Luego del llamado de autos, el Defensor General informó que intentó contactar a las actoras con resultado negativo. Por ello, y con la finalidad de establecer su paradero, solicitó al Tribunal que ordene —como medidas para mejor proveer— librar oficios al Hospital Ramos Mejía, al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas y al GCBA (fs. 220/224) pues, de otro modo, la sentencia que emitiera el Tribunal "...carecería [a su criterio] de un sujeto respecto del cual declarar la existencia de un derecho..." (fs. 218 y vta.).

En atención a lo manifestado por el Defensor General fue suspendido el plazo para dictar sentencia y las actuaciones pasaron a consideración del Tribunal que —por mayoría— hizo lugar al pedido formulado a fs. 220/224.

Los diligencias fueron practicadas sin que, como resultado de ellas, pudiese precisarse el paradero actual de las amparistas (conf. fs. 262, 240, 246 y 247).

El Defensor General requirió que los autos continúen según su estado (fs. 264).

10. El Fiscal General Adjunto propició declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad articulado por el GCBA (fs. 203/205).

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad deducido en tiempo oportuno por el GCBA debe ser rechazado por las razones que expongo a continuación.

2. El GCBA introduce en su recurso los siguientes agravios:

a) La interpretación y aplicación de normas contenidas en la C.N. y en la CCBA. Centralmente, el GCBA discute acerca de los alcances que corresponde asignar a los arts. 14 bis de la C.N. (en cuanto prescribe que el Estado establecerá por ley el acceso a una vivienda digna), 31 de la CCBA (en tanto expresa que la Ciudad reconoce el derecho a una vivienda digna) y 17 de la CCBA (en la medida en que hace alusión a "políticas especiales" que debieran implementarse a fin de satisfacer los derechos

constitucionales en juego). Asimismo, el recurrente refiere a la exigibilidad de los derechos sociales cuyo rango constitucional es innegable (conf. art. 75, inc. 22 de la C.N.).

b) Los límites de la función jurisdiccional, asunto que remite —en definitiva— a la división de poderes y al concepto de tutela efectiva garantizada por el art. 25 de la CADH.

c) La inteligencia que corresponde atribuir al concepto de "no regresividad" que rige en materia de derechos humanos.

3. Las cuestiones mencionadas en el punto precedente fueron objeto de tratamiento y decisión en la causa "Toloza, Estela Carmen c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 4568, resolución del 9/10/2006, donde consideré que los argumentos que entonces planteaba el recurrente, GCBA, (y que resultan coincidentes con los que ahora propone) "...no logra[ban] conmover una sentencia inobjetable y constitucionalmente plausible".

Debido a la similitud de fundamentos que expusiera el GCBA en aquella y en esta oportunidad, habré de transcribir, a continuación, las razones que dieran apoyo a mi postura en el precedente citado y que considero enteramente aplicables a la situación de autos.

"El recurrente afirma 'que, ni del art. 31 de la CCBA ni del art. 14 bis de la C.N. nace un derecho individual exigible a continuar siendo asistido por el Estado cuando se agotan las prestaciones fijadas en la normativa vigente, en el sentido interpretado por el Tribunal'. Entiende que las disposiciones mencionadas 'establecen principios y programas y reconocen expresamente que esos principios y programas han de ser implementadas progresivamente'. Esta interpretación de los textos constitucionales es desacertada".

"La, CCBA en su art. 31 'reconoce el derecho a una vivienda digna' y prioriza —sin excluir otros supuestos— 'a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos'".

"Los actores (madre e hijo) encuadran en el presupuesto de hecho de las disposiciones citadas, gozan de la protección integral a la familia que consagra el art. 14 bis de la C.N., y el niño (...) dispone además de una especial tutela constitucional (conf. arts. 17; 20; 31.1; 39; CABA; arts. 14 bis; 75, incs. 22 y 23; C.N.; art. 11 PIDESC; arts. 3.1; 3.2; 4; 6.2; 19.2; 26.1; 27.1; 27.2 y 27. 3; Convención sobre los Derechos del Niño)".

"Está probado que los accionantes obtuvieron, mediante la actividad del Estado consistente en la asistencia prevista en el dec. 895/02 una mejoría temporal de sus condiciones habitacionales. Agotada esa asistencia, se ven colocados en una nítida situación de regresividad, que la Cámara define con acierto como 'situación de calle'. Y esta es la cuestión a resolver en el marco de las reglas constitucionales ya mencionadas".

"El Estado no puede adoptar por acción u omisión conductas regresivas en materia de derechos humanos. Si lo hace debe justificar —lo que no ha ocurrido en estos autos— por qué sus recursos no le permiten seguir atendiendo las

necesidades de quienes reclaman judicialmente por la afectación de un derecho constitucional básico, como es el de la vivienda digna".

"En el caso, la regresividad que no es tolerada ni por el orden jurídico nacional ni por el local, se configura respecto del derecho a la vivienda digna".

"El recurrente entiende el derecho a la vivienda digna de modo tal que éste no implica que 'los individuos tienen derecho *sine die* a disfrutar de subsidios otorgados con carácter excepcional'. La expresión 'disfrutar' es poco afortunada ante personas carenciadas, que cabe imaginar preferirían ser autosuficientes y no requerir la ayuda del Estado. Tampoco se trata, como continúa la Procuración, de que el subsidio 'tenga carácter excepcional'. En un caso como el de autos y en la medida en que el Estado no pueda proporcionar soluciones permanentes, el subsidio debe ser regla. Y ello porque la pobreza crítica es la situación de excepción que el constituyente ha optado por resolver progresivamente (conf. art. 31.1, CCBA). Cuando esa pobreza se instala en la sociedad, es razonable que las autoridades recurran a diversos sistemas de atención, siempre que su aplicación sucesiva no implique la disminución y/o la privación de las prestaciones ya reconocidas. Entonces si la vigencia del decreto ha cesado, es ajustado al bloque constitucional imponer al Estado el deber de preservar lo ya otorgado".

"El derecho a una vivienda integra el plexo de los llamados 'derechos sociales' que sólo pueden ser entendidos en un horizonte de sentido orientado hacia la igualdad, lo que está muy lejos de significar que los 'derechos sociales' sean promesas o programas, que no puedan ser exigidos al Estado por individuos o grupos. Muy por el contrario, se trata de un mandato del poder constituyente al poder constituido para que haga y cumpla".

"El Gobierno parece no entender esta cuestión y profundiza el desconocimiento de principios constitucionales cuando añade que 'nunca estuvo en mira de ningún constituyente establecer que las personas individualmente consideradas tengan derecho a una exigencia individual'".

"Esta posición conduce al absurdo consistente en que nunca nadie —sea una persona o un grupo de personas— podría reclamar judicialmente por la lesión que padece. La postura de la Procuración no resiste ningún test de constitucionalidad (...) Dicho de otro modo, la Procuración pretende desconocer que los derechos sociales son exigibles en el marco de un proceso y en la órbita jurisdiccional".

"El amparo no impugna qué hizo el Gobierno mientras cumplió con el dec. 895/02, ni la Cámara imputa regresividad a ese decreto".

"El conflicto nace al momento en que los actores dejan de percibir el subsidio otorgado".

"Cuando el art. 2.1 del PIDESC, establece que los Estados partes deben adoptar medidas especialmente económicas y técnicas para lograr el desarrollo progresivo de los derechos sociales, se refiere a las medidas legislativas como una de las formas privilegiadas para lograr ese objetivo, pero ello no descarta, ni la existencia de otras ni la exigibilidad inmediata de los derechos sociales aún sin medidas legislativas en vigor. De otra forma no podría comprenderse que todas

las personas tengan derecho a un recurso sencillo y rápido —como por ejemplo este amparo— o a cualquier otro medio efectivo para que jurisdiccionalmente se las proteja contra actos que violan sus derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, como lo son el derecho a la vivienda digna, la protección integral a la familia y el interés superior del niño (conf. art. 25, CADH), que se discuten en este expediente".

"Para el recurrente serían excepcionales los casos en los que el poder judicial podría suplir la inactividad de los otros poderes públicos en la implementación de derechos económicos, sociales y culturales, pues estos dependen de la planificación, la previsión presupuestaria y su puesta en marcha. Agrega la Procuración que 'los jueces deben interpretar la ley siendo neutrales al gasto público' (...) y que 'bajo la concepción individualista de los derechos sociales que sostiene la Cámara este importantísimo y fundamental mandato constitucional no se cumple: el juez reemplaza a la Legislatura en la creación de dinero público y, obviamente, en la necesidad de establecer tributos. Sin embargo, no es función del juez impactar en el nivel de tributación. El juez no está para crear impuestos indirectamente, el juez está para interpretar la ley'".

"A través de expresiones como las mencionadas en el párrafo anterior, el GCBA trae en su apoyo a la doctrina de la no justiciabilidad del Estado. Más allá de subrayar el anacronismo de esta concepción, es oportuno formular algunas observaciones".

"Los jueces son un poder del Estado y dentro de sus competencias pueden interpretar, no sólo las leyes sino primordialmente la Constitución que es el lugar por antonomasia de la regulación de la actividad y de la función política".

"El escrutinio judicial del gasto público es viable y no invade la competencia de otros poderes, cuando en un proceso en el que se impugna la lesión de derechos, la consideración de ese gasto resulta dirimente. Es decir, el gasto público no es una cuestión no justiciable en tanto está incluido en el marco constitucional (conf. art. 106, CCBA). El uso de los recursos por parte del Estado ha pasado a ser un espacio sujeto al control jurisdiccional. Y tanto es así que el Estado debe justificar —lo que no ha sucedido en el caso de la actora— que ha utilizado el máximo sus recursos para solucionar el problema sometido a decisión de un juez (conf. art. 2.1, PIDESC)".

Por todo ello, ninguno de los agravios introducidos por el GCBA logra conmover la solidez del fallo recurrido.

4. Con apoyo en las consideraciones que anteceden, voto por rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto, a fs.164/173, por del GCBA y, en consecuencia, por dejar firme la sentencia de la Sala II de la Cámara CAyT que rechazó el recurso de apelación de la demandada y confirmó la sentencia de primera instancia que admitió el amparo, con costas a la vencida.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. El asunto traído a decisión del Tribunal es sustancialmente análogo al resuelto, entre otros casos, *in re* "Toloza, Estela Carmen c/GCBA s/amparo (art. 14,

CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 4568/06, y en la causa "G.C.B.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Navalle, Pedro Ignacio c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 4351/05, ambas sentencias del 9/8/2006. En razón de esta analogía, me limitaré a reiterar, apretadamente, los argumentos esenciales que he ofrecido para resolver asuntos de esta índole.

2. Se trata aquí de un recurso de inconstitucionalidad, concedido por la Cámara al recurrente —el GCBA, demandado—, en el que se plantea, centralmente, la cuestión constitucional acerca del concepto y los alcances del *derecho a una vivienda digna* (CCBA, 31) y su comparación con la normas locales tendientes a alcanzar ese ideal. La cuestión constitucional referida, debatida desde un principio por los protagonistas del litigio, se suscita respecto de la señora Nora Figueroa, su familia y su situación.

No se presenta punto alguno de controversia respecto de la obligación ya cumplida, conforme a la legislación vigente, cumplimiento que reconocen ambas partes del litigio —la actora desde el escrito del comienzo— sino, antes bien, aquélla constituye un marco para la discusión de los diversos puntos de vista acerca de cuál debería ser la solución una vez cumplido ese programa, en caso de que subsista la situación de origen a la cual él atendía —esta situación se haría extensiva a la aplicación de las reglas dispuestas por el dec. 690/06.

Sobre este particular, el recurso del GCBA ataca a la sentencia por insuficiencia o falta de fundamentos y por el carácter alegadamente contradictorio de aquellos que, efectivamente, brindan los camaristas. Tal tacha, sin embargo, sólo representa la discrepancia de la demandada con los fundamentos esgrimidos por la sentencia para arribar a la solución que impone, con base en la interpretación del derecho aplicable (dec. 895/02). Como se aprecia, el recurrente se limita a impugnar el decisorio en razón de que éste propicia una solución distinta de la pretendida, en correspondencia con una interpretación disímil de la normativa aplicable.

Ahora bien: desde este punto de vista, la sentencia definitiva de la Cámara resulta intachable. Ella utiliza fluidamente sus mecanismos epistemológicos para averiguar, o determinar, según se la interprete, aquello que considera *derecho a la vivienda digna* en nuestra Constitución y en los pactos internacionales, los principios que rigen esa interpretación y que desembocan en la confirmación de la obligación impuesta al GCBA con relación a la actora.

Va de suyo que ni la Cámara, ni el recurso de la demandada, ni tampoco ahora la actora pretenden impugnar la constitucionalidad del programa ya vencido —el establecido por el decreto del Poder Ejecutivo 895/02— programa que, también según todos los protagonistas del litigio, se ha cumplido y ha fenecido para los amparistas. No se trata así —o, al menos, no se trata ya— de la interpretación de una regla infraconstitucional ni del cuestionamiento fáctico sobre su cumplimiento.

3. Empero, al poner en crisis, al menos parcialmente, la interpretación de una regla constitucional, básicamente la del art. 31, CCBA, y la imposición por ella de ciertos deberes de acción al Estado local, estimo que, en general, se justifica ingresar al recurso y tratar sus presupuestos. Aunque yo no sea partidario de la vía elegida,

el amparo, para tratar determinados problemas, lo cierto es que aquí no corresponde cuestionar el caso desde ese punto de vista por varias razones: en primer lugar, la utilización de este procedimiento fue, como realidad, incontrastable y una vía por todos aceptada. Así ya se ha consolidado la causa. En segundo lugar, nuestra Constitución local, para bien o para mal, concibe al amparo como un modo extendido de litigio (ilegitimidad común). Finalmente, se trata aquí del desarrollo concreto de un derecho constitucional concedido directamente por la ley fundamental, que no opera actualmente y existe urgencia en lograr que opere, todos aspectos que ya la demanda pone en juego, por fracaso, incluso, de otras instancias u opciones.

El núcleo fuerte de la desavenencia epistemológica respecto de la cláusula constitucional citada está claramente constituido por la concepción del *principio de progresividad* de los derechos sociales, fijado, incluso, por obligaciones internacionales, y su derivado, en tanto prohíbe la *regresividad* —como lo advierte la Cámara, esta vuelta atrás del estado de cosas se traduciría, derechamente, como 'situación de calle' en el *sub examine*. La sentencia interpreta que estos derechos son oponibles al Estado, producto del deber de aquél de efectivizarlos y garantizar su goce, más allá de cumplimientos parciales y mientras se mantenga la situación de necesidad, y que, una vez atendidos, no puede retrogradar su satisfacción o cumplimiento a menos que medie una razón absolutamente justificada (por ej.: conflagración armada, guerra civil, etc.). Por su parte, la demandada y recurrente estima que estos derechos (sociales) sólo significan directrices o líneas de políticas sociales sugeridas por la Constitución —de allí su cumplimiento por el dec. 895/02—, condicionadas a la voluntad de los órganos que establecen esas políticas y, por tanto, variables temporalmente, en el sentido de su cumplimiento o incumplimiento por desplazamiento de otros fines ponderados más relevantemente por el gobierno. Al menos debería coincidirse en que el *programa*, en tanto se propone velar por una vivienda digna para los habitantes, no resulta optativo o discrecional para el gobierno. Por lo contrario, se trata de un proyecto ordenado y de un plan de acción mediante el cual se establecen prioridades frente a otros programas y necesidades. Se trata, y en definitiva éste es el punto decisivo, de que la Constitución fija ya un orden de prioridades para los gobernantes. De este modo, el fracaso de toda la argumentación epistemológica del recurrente respecto de este punto central y de la imposibilidad de regreso finca, precisamente, en que él no identifica o individualiza los fines políticos prioritarios que encara el gobierno y cuya atención le impide la consideración del involucrado en el caso.

4. Como invariablemente sucede, el recurrente se queja, accesoriamente, porque la elección de políticas sociales y su ponderación para privilegiar unas y relegar otras no le corresponde al Poder Judicial, sino a los órganos respectivamente competentes. De otra manera, los jueces traspasarían toda frontera entre los poderes del Estado, con la consiguiente judicialización de la política y el desequilibrio del sistema republicano.

Frente a este argumento nada debería decir, pues, como ya lo he expresado, el recurrente no ha señalado cuál interés o política es preponderante para el gobierno frente al *derecho de obtener una vivienda digna*, aquí invocado por el amparista y

fijado por la Constitución. Mucho menos ha verificado que el cumplimiento de uno desplace o cancele la posibilidad de cumplir con el otro. Sin embargo, estimo que unas pocas líneas defienden correctamente la sentencia de la Cámara —sin alegar sobre su corrección o incorrección respecto del caso particular (de hecho)—. En efecto, no ha pretendido la Cámara fijarle al gobierno políticas a seguir mediante su sentencia, mucho menos discrecionalmente; sólo le ha recordado la necesidad de cumplir, en el caso, con un deber constitucional frente a una persona a la que juzga necesitada de obtener ese derecho. Por lo demás, la interpretación de las leyes frente a un caso y, en especial, de la Constitución del Estado, es, desde hace ya algunos años, tarea que corresponde a los jueces. Si se quiere un ejemplo sencillo: la Cámara no ha hecho otra cosa que la misma acción que desarrolla cuando, por corrección de un acto administrativo, obliga a una repartición pública a entregar a una persona una licencia (para conducir, por ejemplo) que le fue negada previamente por ese oficio. Seguramente ellos, los jueces, cometen errores al desarrollar su tarea, como los comete el gobierno al desarrollar la suya: lo único que puede esperarse, para bienestar de los ciudadanos, es que esos errores no sean demasiados o demasiado comunes.

5. Por los fundamentos que anteceden, voto por rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto a fs. 164/173. Costas a la vencida.

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

1. El señor Defensor General, que a fs. 212 había pedido que se dictase sentencia, hace saber al Tribunal el resultado infructuoso de las medidas ordenadas a fin de ubicar a la señora Figueroa y/o a su hija Trucido Figueroa, accionantes en esta causa. Informa asimismo, que la nombrada no se ha comunicado con ninguna de las defensorías que dependen de la Defensoría General y, que se han agotado las diligencias previstas en el CCAyT. Finalmente, señala que "las facultades que la Ley Orgánica de este Ministerio Público atribuye a la Defensa Oficial, no alcanzan a la disposición de la acción ni del derecho que el ordenamiento constitucional reconoce a la parte actora en estas actuaciones" y pide que se tenga por contestada la vista conferida a fs. 263 (fs. 264).

En efecto, los oficios librados cuyas respuestas obran a fs. 240, 246/247 y 262 dan cuenta de que la actora ha sido dada de alta del Hospital Ramos Mejía y de que no es beneficiaria de los programas de asistencia que lleva adelante la Subsecretaría de Gestión Social y Comunitaria de la Ciudad de Buenos Aires. Por otra parte, según surge del informe de fs. 182, la actora percibió por última vez la cuota del plan habitacional el día 6/9/2005, luego de lo cual no se presentó ni a las entrevistas programadas para seguimiento ni a entregar el recibo correspondiente al pago del alquiler, desconociéndose todo paradero posterior de la amparista. Tampoco surgen datos de interés del "Archivo General y por Defunciones" del registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, según indica la constancia obrante a fs. 240.

2. Conforme las constancias de la causa, a la fecha, las titulares de los derechos debatidos que dieron origen a estas actuaciones, abandonaron el ejercicio de las potestades hasta ahora reconocidas (vgr. medida cautelar de fs. 42/44) sin que

exista certeza en relación con la subsistencia o no de la situación de vulnerabilidad social denunciada por la actora al momento de promover el amparo y valorada por las instancias de mérito.

En tal contexto, resulta de aplicación la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación según la cual las decisiones en materia de amparo deben atender a la situación fáctica existente al momento de resolver (*Fallos,* 300:844), teniendo en cuenta no sólo los factores iniciales sino también los sobrevinientes, sean agravantes o no, que resulten de las actuaciones producidas (*Fallos,* 304: 1020).

Las circunstancias indicadas, determinan la inexistencia de presupuestos procesales inherentes a toda causa judicial (arts. 34/38, CCAyT) y, en particular, de los requisitos propios de la acción de amparo (art. 14, CCBA).

Por todo ello, habiendo dictaminado el señor Fiscal, corresponde rechazar el amparo articulado a fs. 21/31. Las costas del proceso se imponen en el orden causado (art. 14, CCBA).

Por ello, emitido el dictamen por el señor Fiscal General Adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el amparo interpuesto por la señora Nora Figueroa a fs. 21/31.

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

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y se devuelva al tribunal remitente.

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

XII

"MEJUTO MEDRANO, EDUARDO S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'MEJUTO MEDRANO, EDUARDO C/GCBA S/DAÑOS Y PERJUICIOS (EXCEPTO RESPONSABILIDAD MÉDICA)'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Caso constitucional. Arbitrariedad de sentencia. Cuestiones de hecho y prueba.

SUMARIOS:

1. El recurso de queja debe rechazarse si reitera los defectos que ya contenía el de inconstitucionalidad, y en ninguna de las dos ocasiones se logra exponer fundadamente un caso constitucional conforme lo establece el art. 27 de la ley 402, más allá de efectuar alusiones genéricas a los derechos constitucionales que

considera vulnerados. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhiere el señor juez Julio B. J. Maier).*

2. Cabe rechazar el agravio referido a la arbitrariedad de sentencia pues la circunstancia de que el recurrente discrepe con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que ella devenga infundada y, por ende, arbitraria. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhiere el señor juez Julio B. J. Maier).*

3. Las cuestiones planteadas relativas a la no habilitación de la instancia judicial en la presente acción autónoma de daños y perjuicios, remiten al análisis de aspectos de hecho y de normativa infraconstitucional, por regla, ajenos a la vía recursiva intentada. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

Expte. nº 5436/07 - 20/2/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El abogado Eduardo Mejuto Medrano inició acción contra el GCBA a fin de obtener un pronunciamiento judicial que ordene el resarcimiento de los daños y perjuicios causados a su parte en virtud de la cesantía "sin causa, sin fundamento, sin motivo de la separación de mi trabajo de empleado público" (fs. 1).

2. El juez de primera instancia dispuso no habilitar la instancia judicial en virtud del art. 4º del CCAyT (fs. 12) y contra esa decisión el actor interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio (fs. 1 a 7 vta.), que fue rechazado por la Sala I de la Cámara Contencioso Administrativa y Tributario mediante resolución del 2/5/2007 (fs 18 y vta.).

3. En virtud de ello el señor Mejuto Medrano interpuso recurso de inconstitucionalidad, agraviándose por considerar la sentencia violatoria de los arts. 5º, 14, 14 bis, 15, 16, 17, 19, 28, 31, 33 75, incs. 19, 22, y 23 de la C.N. y su rechazo (fs. 20/21) motivó el recurso de queja el accionante interpuso ante estos estrados (fs. 22/47 vta.).

4. El señor Fiscal General Adjunto propició el rechazo de la queja por considerar que el mismo ha sido interpuesto en forma extemporánea (56/57).

FUNDAMENTOS:

La jueza Ana María Conde dijo:

1. En primer lugar corresponde despejar la cuestión de la supuesta extemporaneidad del recurso de queja obrante a fs. 22/47. Al respecto, si bien el Señor Fiscal General Adjunto entendió en su dictamen que dicha presentación resulta extemporánea, lo cierto es que, para arribar a tal conclusión, no ha tenido en cuenta que el día

20/8/2007 debe computarse como feriado nacional (por trasladarse el del día 17/8). Así, habiendo sido notificada por cédula el día 13/8/2007 la resolución de fecha 20/7/2007, el plazo para interponer la queja alcanzaba a las primeras dos horas del día 22/8/2007. De modo que la presentación efectuada el día 21/8/2007 a las 14.06 hs. debe ser considerada en término (art. 33, LPT). Sin embargo, no puede prosperar.

2. En efecto, en un confuso escrito, la queja reitera los defectos que ya contenía el recurso de inconstitucionalidad, pues en ninguna de las dos ocasiones se ha logrado exponer fundadamente un caso constitucional conforme lo establece el art. 27 de la ley 402, más allá de efectuar alusiones genéricas a los derechos constitucionales que considera vulnerados.

De hecho, el tribunal de alzada en la resolución de fs. 20/21, así lo ha señalado y toda vez que a través de la queja no se rebaten esos fundamentos por los cuales la Cámara resolvió no conceder el recurso de inconstitucionalidad, es aplicable, entonces, lo señalado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en lo relativo al fundamento que deben expresar las quejas por recursos denegados (*Fallos,* 290:391; 293:166; 302:502; 308:2263; 311:2338).

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. nº 1465/02, resolución del 24/4/2002; "Cavalleri de Goldberg, Marta Raquel s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Cavalleri de Goldberg, Marta Raquel c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]'", expte. nº 1309/01, resolución del 6/3/2002 y sus citas).

3. Cabe señalar, asimismo, que 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/ GCBA s/acción de inconstitucionalidad", expte. nº 49/99, resolución del 25/8/1999 y sus citas, en: *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, t. I, pp. 282 y ss.).

En virtud de las consideraciones expuestas, la queja debe ser rechazada.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

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

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de queja, como correctamente señala mi colega la jueza Conde, ha sido interpuesto en tiempo.

Sin embargo, la impugnación directa no es formalmente admisible por su notoria falta de claridad, por el desorden expositivo del planteo y definitivamente por la ausencia de una real y concreta crítica del auto denegatorio.

El uso de numerosos adjetivos y la evidente ofuscación del recurrente respecto de las decisiones de las instancias anteriores no alcanzan a satisfacer la carga impuesta a quién interpone una queja: la de exponer argumentos jurídicos plausibles que pongan en crisis el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad.

Por lo expuesto, voto por desestimar el recurso directo.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. La queja deducida ante este Tribunal no rebate los fundamentos brindados por la Cámara para denegar el recurso de inconstitucionalidad. La Sala I CAyT sostuvo que el actor "(...) a) no expone críticas constitucionales pormenorizadas a los razonamientos jurídicos contenidos en la sentencia, b) no invoca de forma adecuada la doctrina de la arbitrariedad" (fs. 20/21).

2. En efecto, los agravios traídos al Tribunal remiten al análisis de elementos de hecho, prueba y derecho procesal ajenos al remedio escogido. Por otro lado, si bien el recurrente invoca la arbitrariedad de la sentencia impugnada, los argumentos en los que funda el cuestionamiento sólo reflejan su discrepancia con la interpretación dada por la Cámara al art. 4º del CCAyT de esta Ciudad, sin plantear su inconstitucionalidad.

Por las razones expuestas, voto por rechazar la queja interpuesta por el abogado Eduardo Mejuto Medrano.

El juez José O. Casás dijo:

Adhiero al voto de la señora jueza de trámite, doctora Ana María Conde, y a los fundamentos expresados por mis colegas preopinantes, en tanto ponen acabadamente de resalto que, si bien la queja fue interpuesta tempestivamente, ésta debe ser rechazada. Ello así, pues el recurso de hecho no contiene una crítica eficaz de los fundamentos por los cuales el *a quo* rechazó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el pronunciamiento del 2/5/2007; circunstancia que la priva de sustento y conduce a su rechazo.

Por lo demás, se advierte que la mención de garantías constitucionales y la invocación de la doctrina de la arbitrariedad de sentencia efectuadas por el actor no resultan suficientes para configurar un caso constitucional que habilite la competencia de este estrado en los términos del art. 113, inc. 3º, de la CCBA. Es que, en definitiva, las cuestiones planteadas en autos —relativas a la no habilitación de la instancia judicial en la presente acción autónoma de daños y perjuicios— remiten al análisis de aspectos de hecho y de normativa infraconstitucional, por regla, ajenos a la vía intentada.

Así lo voto.

Por ello, emitido el dictamen por el señor Fiscal General Adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja planteada por Eduardo Mejuto Medrano.

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

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

XIII

"VIDELA URIBURU, DIEGO FRANCISCO S/QUEJA POR RETARDO, PRIVACIÓN O DENEGACIÓN DE JUSTICIA EN 'GCBA C/VIDELA URIBURU, DIEGO FRANCISCO S/EJECUCIÓN FISCAL'"

RECURSO DE QUEJA POR RETARDO, PRIVACIÓN O DENEGACIÓN DE JUSTICIA: Sentencia firme. Desafectación y restitución de fondos embargados.

SUMARIOS:

1. Al existir una sentencia firme y estar pendiente de resolución el pedido de desafectación y restitución de los fondos embargados formulado por el presentante, obrando en el sistema informático el proyecto de providencia que ordena el libramiento del giro en cuestión, corresponde otorgar un plazo de tres días al magistrado para que resuelva dicho pedido, en el sentido que corresponda. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhieren los señores jueces José O. Casás, Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

2. La situación traída a decisión no constituye un caso de denegación de justicia que habilite la intervención del Tribuna, y las explicaciones que proporciona el juez de primera instancia indican que ya está en condiciones de librar el giro solicitado, por lo que no resulta procedente otorgar un plazo al magistrado a eses efectos. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 5734/07 - 20/2/2008

VISTO:

el expediente citado en el epígrafe,

RESULTA:

1. A fs. 1/2 el señor Diego Francisco Videla Uriburu solicita se "disponga la medida necesaria para que cese la denegación de justicia de que es víctima..." en los autos "Gobierno de la ciudad de Buenos c/Videla Uriburu, Diego Francisco

s/ejecución fiscal", expte. EJF 407.257, que tramitan ante el Juzgado CAyT Nº 1, Secretaría Nº 2.

En sustancia, él expresa que desde 24/11/2006 ha efectuado diversas presentaciones tendientes a solicitar la desafectación de la suma de $ 22.803,13 oportunamente dados a embargo, no obstante existir sentencia firme desde octubre de 2006, decisión que rechazó la pretensión actora, no haber sido condenado en costas, constar "la conformidad expresa de sus letrados" y haberse "dado en pago los honorarios que fueran regulados al letrado de la actora por la incidencia resuelta a su favor".

2. A fs. 9 se agregó el informe producido por el Juzgado CAyT Nº 1.

FUNDAMENTOS:

El juez Julio B. J. Maier dijo:

Más allá de la escasa claridad del informe de fs. 9, básicamente hay coincidencia con la presentación de fs.1/2 acerca de que existe una sentencia firme en la causa de mención y de que está pendiente de ser resuelto el pedido de desafectación y restitución de los fondos embargados formulado por el presentante. Es más, en el mencionado informe se alude a que "obra en el sistema informático el proyecto de providencia que ordena el libramiento del giro en cuestión, efectuado el 7/2/2008..."

En tales condiciones corresponde otorgar un plazo de tres (3) días al magistrado a cargo del Juzgado CAyT Nº 1 para que resuelva, en el sentido que corresponda, el pedido de desafectación y restitución de fondos en cuestión.=

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

Nos adherimos al voto del señor juez de trámite.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

No comparto la opinión de mis colegas preopinantes. Considero que la situación traída a decisión no constituye un caso de denegación de justicia que habilite la intervención del Tribunal.

Las explicaciones que proporciona el juez Cataldo en su informe, indican que ya está en condiciones de librar el giro que solicita el señor Diego Francisco Videla Uriburu. Por lo tanto, entiendo que no es procedente otorgar un plazo al magistrado a esos efectos.

Por las razones expuestas, voto por rechazar la queja en análisis.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Hacer lugar* a la queja planteada por el señor Diego Francisco Videla Uriburu y, en su mérito, indicar al señor juez a cargo del Juzgado Contencioso

Administrativo y Tributario Nº 1 que deberá resolver —de la manera que corresponda— el pedido de desafectación y restitución de fondos formulado por el quejoso en la causa "Gobierno de la ciudad de Buenos Aires c/Videla Uriburu, Diego Francisco s/ejecución fiscal", expte. EJF 407.257, en el plazo de tres (3) días. Dictada la resolución, se servirá informar al Tribunal.

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

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

XIV

"ROSSI, ALICIA ESTHER C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Deserción del recurso.

Expte. nº 5425/07 - 20/2/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La señora Alicia Esther Rossi, quien se desempeña como Jefa de Departamento Despacho del Hospital General de Agudos "Carlos G. Durand" del GCBA (en adelante GCBA), promovió una demanda de amparo contra el GCBA, con la finalidad de que se declare la inconstitucionalidad del dec. 861/93, en tanto dispone que el suplemento por función jerarquizada para los agentes que desempeñen cargos de conducción —establecido como "no remunerativo"— no se computa a los fines previsionales. Afirmó que el suplemento integra su remuneración y lo ha percibido en forma continua y regular desde el año 1993. Relató que fue intimada a iniciar los trámites jubilatorios y que ella pretende que su haber de retiro tome en cuenta en la base del cálculo de su jubilación dicho suplemento (fs. 1/9).

El GCBA contestó el informe del art. 8º de la ley 16.986 yy solicitó el rechazo de la demanda (fs. 44/49).

La jueza de primera instancia dictó sentencia "Haciendo lugar a la acción de amparo interpuesta por Alicia Esther Rossi contra el GCBA y, en consecuencia, disponiendo que sus haberes jubilatorios sean liquidados considerando remunerativas y bonificables las sumas correspondientes al suplemento establecido por el dec. 861/93" (fs. 94/98).

2. La parte demanda interpuso y fundó el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia (fs. 103/108). El traslado fue contestado por la actora (fs. 115/119).

La Sala I de la Cámara de Apelaciones resolvió: "Rechazar el recurso de apelación, con costas a la demandada..." (fs. 127/129).

3. La parte actora desistió de la acción (fs. 130). Al contestar el traslado de esa presentación, el GCBA consideró imposible el desistimiento en esa etapa del proceso y solicitó que se intime a la actora a que aclare "el verdadero alcance del desistimiento efectuado, como así también el objeto perseguido por el mismo" (fs. 149). El juez de la Sala I que despachó el planteo no admitió el desistimiento (fs. 150).

4. Contra el fallo que resolvió el recurso de apelación, el GCBA interpuso los recursos de inaplicabilidad de ley (fs. 132/134) y de inconstitucionalidad (fs. 138/147 vta.). Ninguno de ellos fue contestado por la actora. La Cámara declaró inadmisible el primero (fs. 163 y vta.) y concedió parcialmente el de inconstitucionalidad respecto de los agravios vinculados con la naturaleza remunerativa del suplemento, y lo rechazó en relación con la causal de arbitrariedad (fs. 174 y vta.).

5. Recibidas las actuaciones por el Tribunal, se requirió su dictamen al Ministerio Público Fiscal. El Fiscal General Adjunto propició que se declare mal concedido el recurso (fs. 181/183 vta.).

El juez de trámite convocó a las partes a una audiencia (fs. 188), que no pudo realizarse pues concurrió, únicamente, el apoderado del GCBA y no compareció la actora (fs. 192).

El GCBA presentó un escrito en el que desistió del recurso que planteara ya que "la no concurrencia de la actora a la audiencia (...) unido al desistimiento efectuado por la misma, dan cuenta de su desinterés en la prosecución de la presente causa, lo que tornaría innecesario el dictado de una sentencia"; solicitó, además, que las costas sean impuestas en el orden causado (fs. 194 y 201).

FUNDAMENTOS:

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. La reseña del caso pone en evidencia que la parte actora, luego de solicitar que se admita el desistimiento de su acción —después de obtener sentencias favorables a su pretensión tanto en primera como en segunda instancia—, no intervino más en el procedimiento, ni ejerció en él actividad alguna, incluso en defensa de su interés ya reconocido. Así, la lectura del expediente permite verificar que ella no contestó los traslados que le fueron corridos, sobre los recursos de inaplicabilidad de ley y de inconstitucionalidad, y tampoco concurrió a la audiencia convocada por el juez de trámite. El último acto que ella practica en el proceso

data del 25/7/2005 (ver cargo de fs. 130). Me parece claro que la parte actora ha perdido interés en el juicio.

2. En atención a esas circunstancias, el GCBA, único recurrente ante esta instancia, manifiesta que desiste del recurso de inconstitucionalidad que interpusiera y que fuera parcialmente concedido por la Cámara (fs. 194). En atención a ello, sólo corresponde declarar desistido el recurso de inconstitucionalidad planteado por el GCBA a fs. 138/147 vta.

Ante la falta de contestación por la actora del recurso de inconstitucionalidad que el GCBA ahora desiste, las costas correspondientes deben ser soportadas por el orden causado.

Las juezas ANA MARÍA CONDE y ALICIA E. C. RUIZ dijeron:

Adherimos al voto del juez Julio B. J. Maier.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Adhiero al voto del doctor Julio B. J. Maier, en cuanto —en virtud de la presentación que obra a fs. 194— tiene por desistido al GCBA del recurso interpuesto a fs. 138/147 vta. e impone las costas por su orden.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Toda vez que el escrito de fs. 194 ha sido ratificado por el señor Procurador General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a fs. 201, tal como lo propicia el señor juez de trámite, doctor Julio B. J. Maier, corresponde tener al GCBA por desistido del recurso de inconstitucionalidad interpuesto a fs. 138/147 vta.

Por último, en atención a que la resolución obrante a fs. 150 ha sido consentida, nada más debe decidirse en esta instancia.

En virtud de los fundamentos expuestos, corresponde a) *tener por desistida* a la demandada del recurso de inconstitucionalidad interpuesto a fs. 138/147 vta., con costas por su orden; y b) *mandar* que se registre, se notifique y oportunamente, se devuelva para su archivo por el juzgado de origen.

Así lo voto.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar desistido* el recurso de inconstitucionalidad planteado por el GCBA a fs. 138/147 vta., con costas por su orden.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva para su archivo por el juzgado de origen.

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

XV

"GIL DOMÍGUEZ, ANDRÉS C/GCBA S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD"

RECURSO DE ACLARATORIA: Inconstitucionalidad del art. 4º de la ley 2145. Momento a partir del cual comienza a regir el plazo de tres (3) meses para que la legislatura ratifique una norma declarada inconstitucional (inc. 2º, art. 113, CCBA). Notificación de la sentencia a la Legislatura. Sesiones ordinarias.

SUMARIOS:

1. Debe rechazarse el recurso de aclaratoria si el planteo formulado no persigue que el Tribunal corrija un error material, aclare un concepto oscuro, o salve una omisión de la sentencia concerniente a las pretensiones deducidas y discutidas en la causa, sino que procura que éste interprete una norma de la CCBA —y eventualmente de la ley 402 (art. 24, párr. 3º)—, cuestión que excede el objeto establecido por el legislador para el recurso de aclaratoria (arts. 216 y 149, inc. 2º, CCAyT). *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

2. Cuando la Legislatura es notificada de la sentencia que declara la inconstitucionalidad de la norma, entre el 1º de marzo y el 15 de diciembre del mismo año, el lapso establecido en el art. 113, inc. 2º, CCBA no puede ser interrumpido ni suspendido, salvo razones de fuerza mayor debidamente justificadas. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

3. Si la Legislatura es notificada de la sentencia que declara la inconstitucionalidad fuera del período de sesiones ordinarias, es facultad de las personas o mayorías indicadas en el último párrafo del art. 74 de la CCBA convocar a sesión extraordinaria para el tratamiento de la posible ratificación de la norma declarada inconstitucional; y de no ejercerse esta facultad, el plazo de ratificación de tres meses comienza con el inicio de las sesiones ordinarias. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 5296/07 - 20/2/2008

VISTO:

el expediente citado en el epígrafe,

RESULTA:

El actor solicita a fs. 96 que el Tribunal "aclare, a partir de que momento comienza a regir el plazo de tres meses establecido por el art. 113, inc. 2º de la CCBA para que la Legislatura ratifique el art. 4º de la ley 2145 (según texto de la ley 2243) publicada en el *Boletín Oficial* 2614 que fuera declarado inconstitucional en la presente causa. Eso es, si dicho plazo comienza a regir una vez notificada la sen-

tencia a la Legislatura, o bien, comienza a partir del 1º/3/2008 cuando se inauguran las sesiones ordinarias (conf. art. 74, primer párrafo de la CCBA)".

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

El planteo formulado por la parte actora no persigue que el Tribunal corrija un error material, aclare un concepto oscuro, o salve una omisión de la sentencia de fs 66/93 concerniente a las pretensiones deducidas y discutidas en la causa, sino que procura que el Tribunal interprete una norma de la CCBA —y eventualmente de la ley 402 (art. 24, párr. 3º)—, cuestión que excede el objeto establecido por el legislador para el recurso de aclaratoria (arts. 216 y 149, inc. 2º, CCAyT) y hace improcedente el intentado en autos.

Ello, sin perjuicio de las competencias que corresponda ejercer a este Tribunal en la etapa de ejecución de sentencia, instancia en la que podrá analizar las cuestiones de hecho y derecho involucradas, cuyo tratamiento prematuro podría afectar el ejercicio de potestades atribuidas a otro poder del estado, sin haberse permitido el debate pertinente sobre el punto.

La jueza Ana María Conde y el juez José O. Casás dijeron:

Adherimos al voto del señor juez de trámite, doctor Luis F. Lozano.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

Básicamente, mi opinión no difiere de aquella expresada en el primer párrafo del voto del señor juez de trámite y a ella me remito. Por lo demás, la pregunta que formula la aclaratoria no fue, de manera alguna, objeto de la demanda, ni del debate —razón por la cual nadie opinó al respecto para defender algún punto de vista—, y, por consiguiente, tampoco fue objeto de decisión en la sentencia.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

La solicitud de aclaratoria presentada por el doctor Gil Domínguez es pertinente.

Por principio toda sentencia debe ser lo más completa que sea posible. Tanto más en procesos como el presente en los que, como la sentencia es solo declarativa de certeza, su objeto se agota con su pronunciamiento y no existe "etapa ejecutoria".

Frente a la novedosa cuestión traída por la actora es oportuno que el Tribunal revise cuáles son las conductas y las cargas que corresponden a los involucrados en su fallo. Al mismo tiempo la resolución que dicte contribuirá a que la comunidad en general y los operadores jurídicos en particular conozcan con precisión cuándo y desde qué momento una norma general está o no vigente.

En mi opinión, el plazo de tres meses rige desde que la Legislatura es notificada siempre que aquélla se encuentre en períodos de sesiones ordinarias (conf., art. 74, CCBA).

Dado que la redacción de las disposiciones pertinentes de la CCBA y de la ley 402 no son suficientemente explícitas, es oportuno que el Tribunal, en razón de elementalísimas normas ordenatorias (conf. art. 27, CCAyT y art. 2º la ley 402), responda al interrogante introducido por vía de aclaratoria.

En efecto, como ni la CCBA ni la ley 402 lo prevén, es prudente aclarar que cuando la Legislatura es notificada de la sentencia entre el 1º de marzo y el 15 de diciembre del año del mismo año, el lapso establecido en el art. 113, inc. 2º, CCBA no puede ser interrumpido ni suspendido, salvo razones de fuerza mayor debidamente justificadas.

En cambio, si la Legislatura es notificada fuera del período indicado, es facultad de las personas o mayorías indicadas en el último párrafo del art. 74, CCBA convocar a sesión extraordinaria para el tratamiento de la posible ratificación de la norma declarada inconstitucional. De no ejercerse ésta facultad, el plazo de ratificación de tres meses comienza con el inicio de las sesiones ordinarias.

En consecuencia, resuelvo hacer saber lo expuesto en los considerandos, a sus efectos, al actor, al Procurador General, al Fiscal General y al Presidente de la Legislatura. Comuníquese.

Por lo expuesto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *No hacer* lugar a la aclaratoria impetrada a fs. 96.

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

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

XVI

"ROLDÁN, MÓNICA ALICIA C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

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

SUMARIOS:

1. La constatación de la concurrencia de los presupuestos constitucionales del amparo, para admitirlo o para rechazarlo, exige de los jueces un juicio equilibrado que tenga en cuenta, principalmente, si la tramitación de la demanda mediante otro tipo de proceso (con las medidas cautelares que en ellos puedan requerirse) puede llevar a frustrar (y no meramente demorar) la tutela judicial del derecho o interés

sobre la base del cual se acciona. *(Voto de los señores jueces Julio B. J. Maier, Ana María Conde y José O. Casás).*

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

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

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

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

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

Expte. nº 5445/07 - 20/2/2008

VISTO:

el expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. La señora Mónica Alicia Roldán, médica que se desempeña en el servicio de guardia médica (clínica pediátrica) del Hospital General de Niños "Pedro de Elizalde" de la Ciudad de Buenos Aires, en calidad de titular, planteó una acción de amparo contra el Gobierno local, para que se cumpla lo dispuesto en el art. 6º

del dec. 282/96, que establece el derecho a que se le asigne un mínimo de 12 horas semanales en la planta del Hospital, como prolongación de las 24 horas que trabaja como profesional de guardia (fs. 1/8 vta.).

Al producir el informe establecido por la Ley de Amparo (art. 8º, dec. ley 16.986), el GCBA solicitó el rechazo de la demanda, tanto por razones atinentes a su inadmisibilidad formal, como por su improcedencia sustancial (fs. 36/42 vta.).

La sentencia de primera instancia hizo lugar a la acción de amparo y ordenó al GCBA extender el horario de prestación de funciones de la parte actora a 12 horas en planta (fs. 50/54 vta.).

2. La Procuración General de la Ciudad apeló la sentencia (fs. 57/62), y la parte actora contestó el traslado del memorial (fs. 82/87 vta.).

La Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, rechazó el recurso de apelación y confirmo la sentencia de grado, remitiéndose al precedente de ese tribunal en la causa "Racimo, Mariano Javier c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)" expte. nº 13946/0 sent. del 19/5/2006 por considerarlo una causa análoga (fs. 106/111).

3. Contra la sentencia, la Procuración General interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 118/131 vta. y 133/46 vta.). En sus fundamentos expuso y desarrolló agravios sobre la base de dos cuestiones principales: *a)* la sentencia efectúa una interpretación irrazonable del art. 14 de la CCBA; y *b)* la interpretación del art. 6º del dec. 282/96 es arbitraria.

4. La Sala I concedió parcialmente el recurso de inconstitucionalidad —sobre la base del fallo del Tribunal en la causa "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Akrich, Gustavo Raúl c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'"—, únicamente respecto del agravio referido a la interpretación del art. 14 de la CCBA y a lo dispuesto por la ley de amparo 16.986, y lo rechazó en cuanto a la aplicación del art. 6º del dec. 282/96 y por la causal de arbitrariedad (fs. 156/157).

5. En su dictamen, el Fiscal General Adjunto propicia un pronunciamiento que declare mal concedido el recurso de inconstitucionalidad impetrado por la parte demandada (fs.165/167 vta.).

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

El recurso de inconstitucionalidad del GCBA fue concedido parcialmente, tal como surge del punto III del auto de fs. 156/157. La Cámara CAyT sólo admitió el agravio relativo a la vía procesal intentada. Expresamente, en los puntos IV y V del mismo interlocutorio, la Sala no hizo lugar a los restantes agravios articulados referidos a la interpretación del dec. 282/96 ni a la alegada arbitrariedad de la sentencia.

Toda vez que el GCBA no interpuso recurso directo ante el Tribunal por aquellos agravios que no fueron admitidos por la Sala I, en relación con ellos el decisorio ha quedado firme. Esa deficiencia estructural en el diseño de la impug-

nación, torna inviable el tratamiento del agravio respecto de la vía escogida. Dicho de otra manera, carece de entidad el intento de discutir la procedencia de la vía sin cuestionar el desacierto, justicia o validez de la decisión del fondo.

Como la parte recurrente consintió la solución dada en las instancias inferiores al núcleo de la controversia, no corresponde abrir el debate en torno a la idoneidad del amparo en este caso. Y no corresponde, porque de ese modo el Tribunal entraría oblicuamente a conocer en el fondo del asunto, para lo cual no tiene competencia en las circunstancias que ya han sido referidas.

La situación procesal reseñada en los párrafos anteriores es relevante y marca una diferencia que obsta la aplicación del precedente "Akrich" a esta causa.

Por los argumentos expuestos, voto por declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad.

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

1. La Sala interviniente dispuso la concesión parcial del recurso de inconstitucionalidad por considerar que el caso resulta "análogo" (punto III, fs. 156/157) al decidido por el Tribunal el día 29/11/2006 *in re*: "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Akrich, Gustavo Raúl c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 4782/06.

Si bien en aquel asunto se trató de una queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, acierta la alzada al señalar que la cuestión que ahora se trae a decisión del Tribunal es similar a la que se resolviera en aquella causa.

En ese pronunciamiento, la mayoría del Tribunal (integrada por el voto del juez Maier y el voto conjunto de los jueces Casás y Conde) hizo lugar, parcialmente, a los recursos de queja y de inconstitucionalidad planteados por el GCBA y rechazó el amparo; la jueza Ruiz, quien admitió parcialmente la queja, rechazó el recurso de inconstitucionalidad del GCBA, y el juez Lozano se pronunció por el rechazo de la queja.

Con posterioridad a esa sentencia, y por remisión sus fundamentos, el Tribunal ha resuelto, entre otros, los casos: "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Alonso, Daniel c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 4781/06, sent. del 30/11/2006; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Berdiñas, Verónica c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)", expte. 4925/06, sent. del 11/4/2007; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Schajnik, Roxana Judith c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 4955/06, sent. del 2/5/2007; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Cazale, María Mercedes c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 5069/06, sent. del 3/7/2007.

2. Con la salvedad indicada en el segundo párrafo del punto anterior, los fundamentos expuestos en nuestros respectivos votos —a los que cabe remitirse como parte integrante de esta sentencia— son incorporados mediante el agregado de copia de esa decisión a este expediente y justifican que, por mayoría, el Tribunal haga lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA, revoque

la sentencia recurrida y rechace el amparo planteado por la actora. Costas por su orden en todo el proceso (art. 14, CCBA).

El juez Julio B. J. Maier agregó:

La decisión de la Cámara, en cuanto concede parcialmente el recurso de inconstitucionalidad del GCBA, resulta acertada. En efecto, como lo expuse en los casos citados en el primer punto de este voto, dos fundamentos centrales —referidos ambos al agravio procesal vinculado con el art. 14 de la CCBA— sostienen el reclamo de la recurrente. En primer lugar, la presunta lesión de legalidad atribuida a la actuación de la demandada no es manifiesta o evidente. Tampoco se advierte que el reclamo efectuado en el litigio implique, mucho menos dado el tiempo transcurrido, la consumación o inminencia de producción de un daño de tal gravedad, que implique la afectación del derecho constitucional a trabajar. De este modo, las dos condiciones cuya concurrencia supone la acción de amparo no están presentes en el caso.

En segundo lugar, la moda consistente en tomar la vía del amparo y sustituir, así, los procedimientos judiciales previstos en la ley de rito, propicia falsas interpretaciones formales sobre el modo y el tiempo en los cuales deben ejercerse los derechos procesales pertinentes y, en el caso, significa un menoscabo a la defensa posible del Gobierno, aquí demandado. El amparo es un proceso serio, reglado por disposiciones constitucionales, en razón de lo cual no resulta admisible emplearlo como una vía residual, vaciada de toda especificidad y dependiente del gusto del actor. Mucho menos resulta una vía genérica, sustitutiva de cualquier procedimiento contencioso-administrativo (para apreciar el desarrollo por el Tribunal de una regla, a mi entender razonable, sobre la procedencia del amparo, ver la sentencia del TSJBA en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Parcansky, Manuel Jorge c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA]'", expte. nº 4970/06, resolución del 5/6/2007).

El juez Luis F. Lozano dijo:

La cuestión traída a conocimiento en autos resulta sustancialmente análoga a la tratada por este Tribunal *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Akrich, Gustavo Raúl c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 4782/06, sent. del 29/11/2006.

En aquella oportunidad sostuve, en lo que ahora importa, que el agravio referido a la improcedencia del trámite de amparo para ventilar la cuestión, aun cuando altamente significativo, no suscitaba la competencia de este Tribunal en tanto no versaba acerca del contenido de la sentencia definitiva ni el recurrente invocaba que el contenido de ella habría variado si hubiera resultado de un proceso ordinario; situación que llevaba a que la discrepancia planteada, en esa etapa del análisis, no tuviera más efecto que determinar la elección de una vía procesal para ordenar el debate. En otras palabras, aun cuando la vía pudiera haber sido incorrectamente admitida, no muestra la recurrente que esa elección haya afectado de un modo significativo el resultado final del proceso.

Por ello, conforme mi voto *in re* "Akrich", al que cabe remitirse en lo pertinente y, en concordancia con lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto, voto por declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad deducido.

En razón de lo expuesto, emitido el dictamen del señor Fiscal General Adjunto, por mayoría

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA, revocar la sentencia recurrida y rechazar el amparo planteado por la señora Mónica Alicia Roldán.

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

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

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

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

En similar sentido se resolvió en las causas 5461/07 "Marchan, Margarita Beatriz c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido"; 5464/07 "Bordoli, Osvaldo Guillermo c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", también del 20/2/2008.

XVII

"ARNUS, DANIELA ALEJANDRA C/CAJA DE SEGURIDAD SOCIAL PARA ABOGADOS DE LA CABA S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Caja de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. AMPARO: Requisitos. Reglamentación del art. 5º de la ley 1181. MATERIA TRIBUTARIA: Delegación de la potestad reglamentaria. Principio de reserva de ley en materia tributaria. Principio de igualdad. Principio de solidaridad. CONTRIBUCIONES Y APORTES PREVISIONALES: Naturaleza. Parafiscalidad. Principio presupuestario de unidad. Superposición o multiplicidad de aportes.

SUMARIOS:

1. La potestad de sancionar reglamentos ejecutivos, si bien corresponde en principio al Poder Ejecutivo, no es una atribución exclusiva de éste, y en consecuencia habrá que analizar cada ley en particular para determinar si debe o no ser

reglamentada, y en caso afirmativo cuál es el órgano competente para aplicarla y para emitir dicha reglamentación. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

2. De conformidad con los arts. 2º y 4º CASSABA es el órgano de aplicación de la ley 1181, y tiene como misión organizar y desarrollar el Sistema de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y para ejercer esta función, tiene distintas potestades, entre las que se encuentra el poder reglamentario, que surge en *forma implícita* de las normas citadas, y en *forma expresa* de los arts. 3º y 120, inc.1º de la ley. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

3. El Poder Ejecutivo local no puede quitarle ni desconocerle facultades a CASSABA que nunca le delegó, por el simple hecho de que es la propia ley 1181 quien le atribuyó la potestad reglamentaria a la Caja. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

4. El art. 5º, en su segundo párrafo, al establecer que están exceptuados del sistema previsional quienes se encuentran obligatoriamente afiliados a otra Caja Profesional para Abogados, en tanto continúen cotizando a dicho régimen y manifiesten fehacientemente la voluntad de acogerse a esta excepción dentro de los noventa (90) días del comienzo de la obligatoriedad de la ley 1181 o de la iniciación de su actividad para los profesionales recientemente recibidos, no podría conducirnos a pensar que esa categoría de profesionales no debe realizar ningún tipo de aportes a CASSABA, pues esa posible solución choca contra la lógica del sistema y los principios que la informan, más precisamente contra los principios de igualdad, obligatoriedad y solidaridad previsional. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

5. Los aportes previstos en el art. 62, incs. 1º y 4º de la ley 1181 deben considerarse “contribuciones especiales”, pues son tributos debidos en razón de beneficios individuales o de grupos sociales derivados de la realización de obras o gastos públicos o de especiales actividades del Estado y la existencia de esta contraprestación es la característica esencial de esta especie de tributo. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

6. Las prestaciones pecuniarias coactivas al sistema de seguridad social tienen naturaleza tributaria, más allá de los matices en cuanto a la caracterización de dichas obligaciones, ya como contribuciones especiales, contribuciones parafiscales, impuestos con afectación específica, o como pertenecientes a una categoría híbrida, según que el llamado a afrontar la carga sea el empleador, el subordinado, el trabajador independiente —como el profesional—, o incluso un tercero, en la medida en que exista algún tipo de relación justificante, por lo que, en todos los casos, debe darse, necesariamente, satisfacción al principio de reserva de ley que rige en esta rama del derecho. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

7. Los aportes y contribuciones a favor de la Caja de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires revisten naturaleza tributaria por cuanto, aunque tales cotizaciones se efectúen a favor de un ente no estatal, el ejercicio de la potestad tributaria normativa fue desplegado por la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires al sancionar la Ley 1181 de creación del sistema, revistando la Caja como persona jurídica de derecho público no estatal con autonomía económica y financiera. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

8. Si se hubiera alterado el campo de acción del tributo por vía reglamentaria, tanto en el caso en que la norma subalterna hubiera sido dictada por el Jefe de GCBA, como en el supuesto en que tuviese por origen una resolución de la Asamblea de la Caja de Seguridad Social para Abogados, tal extensión hubiera sido palmariamente nula por contravenir el principio de reserva de ley tributaria, ya que bajo circunstancia alguna pueden avasallarse las competencias constitucionales de la Legislatura o, ésta, abdicar de la potestad tributaria normativa que le pertenece con carácter exclusivo y excluyente, aspecto enfatizado en la Carta Magna local en el párrafo primero de su art. 51. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

9. La exceptuación contenida en el art. 5º de la ley de creación de la Caja no puede ser interpretada aisladamente de la excepción prevista en el inc. 2º del art. 67, en tanto, de no ser así, la segunda sería sobreabundante por innecesaria, lo que obliga a colegir, a partir de una interpretación integradora y armónica, que la exoneración alcanza exclusivamente al pago del Aporte Mínimo Anual Obligatorio (AMAO), pues, de otra manera, las actuaciones profesionales de los abogados inscriptos en otras Cajas Previsionales les permitiría transitar, más allá de devengar y percibir honorarios ante los estrados y en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como furtivos sujetos inmunes, afectando la regla de igualdad ante las cargas públicas. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

10. Aun cuando pueda coincidirse en afirmar que las prestaciones previsionales son contribuciones que, en una clasificación extensiva, pueden ingresar a la materia tributaria (impuestos, tasas y contribuciones), lo cierto es que la reglamentación de la ley 1181 no implica, necesariamente, que el fruto económico del trabajo de un abogado en el territorio de la Ciudad de Buenos Aires y en los tribunales allí ubicados quede exento de aquellas contribuciones que no están basadas en servicios o beneficios concretos para el contribuyente, sino, por lo contrario, en aquellas fundadas en los principios de universalidad y solidaridad, esto es, en toda prestación previsional o social, cualquiera que sea el sistema que se adopte. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

11. La reglamentación de la ley 1181 no genera la superposición de aportes, sino multiplicidad de aportes, lo cual no está prohibido por las Constituciones Nacional y de la Ciudad de Buenos Aires, y cuya constitucionalidad ha sido aceptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pues lo que prohíbe el art. 14 bis, C.N. es que por una misma actividad desarrollada en un ámbito jurisdiccional, un mismo sujeto deba realizar aportes previsionales en dos o más Cajas distintas. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

12. La pluralidad o multiplicidad de aportes no equivale a superposición que es lo único que está vedado por el 14 *bis* de la C.N. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

13. No puede hacerse lugar a la pretensión de la actora en el sentido de que se le imponga a CASSABA la obligación de no considerarla afiliado, pues ello no es pasible de ser puesto a consideración de un organismo de Poder Judicial, pues ello implicaría el otorgamiento de una suerte de inmunidad frente a créditos eventuales, tornando inaplicable *in eternum,* exclusivamente respecto de la actora el sistema previsional vigente en el ámbito de la Ciudad para los letrados que ejercen en esta jurisdicción. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

14. El amparo es claramente inadecuado para resolver un problema relativo a la existencia o posibilidad de existencia de un crédito del que es deudor una persona determinada. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

15. Las condiciones constitucionales exigidas para la procedencia del amparo requieren que la evidencia inicial de la ilegitimidad del acto u omisión cuestionados (primer recaudo) concurra con un daño grave e inminente a un derecho constitucional o legal que deba ser restablecido de inmediato (segundo recaudo). *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

16. Debe rechazarse el recurso de inconstitucionalidad pues la mera mención de que se afectan principios y derechos de índole constitucional no es suficiente para habilitar la vía recursiva extraordinaria intentada desde que, la referencia ritual a derechos constitucionales si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento, es insuficiente, ya que si bastara la simple invocación de un derecho o garantía de raigambre constitucional este Tribunal se vería convertido, de ordinario, en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 5443/07 - 20/2/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Daniela Alejandra Arnus promovió una acción de amparo contra la Caja de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, CASSABA), con el objeto que se declare la inconstitucionalidad de la reglamentación de la ley 1181, específicamente de su art. 5º y se extienda testimonio y/o copias certificadas de la sentencia con el objetivo que se ponga la nota correspondiente al momento de librarse y pagarse los cheques judiciales por honorarios profesionales a fin de evitar la ilegal confiscación de los mismos"(fs. 1/15). La actora señaló que está afiliada a la Caja de Previsión de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, y que materializó la opción a que hace alusión el art. 5º segundo párrafo de la ley 1181, con el objeto de quedar exceptuada a CASSABA (fs. 2).

2. Corrido traslado de la demanda, la CASSABA produjo el informe previsto en el art. 8º de la Ley 16.986 (fs. 61/75), en el que objetó la vía empleada por la actora para encauzar su demanda —en tanto no existe, a su criterio, ilegalidad o arbitrariedad manifiesta, ni actualidad o inminencia en la afectación de una garantía constitucional—. Además, se opuso a la procedencia de la pretensión.

3. La jueza de primera instancia hizo lugar al amparo y, en consecuencia, declaró "la nulidad del art. 5º de la resol. 004-A/05 de la Asamblea de Representantes de la Caja de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires" (fs. 88/91).

4. CASSABA apeló la sentencia de primera instancia (fs. 105/130). La actora contestó el traslado del memorial de agravios solicitando su rechazo (fs. 240/242).

5. La Sala II de la Cámara CAyT confirmó la sentencia de primera instancia sobre la base del siguiente argumento: "...la ley 1181 creó un Sistema de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 1º), y todas sus disposiciones tienden al funcionamiento, viabilidad e instrumentación de ese 'sistema' ... A poco de situar al art. 5º ... en ese marco general y de atender a su conformación gramatical, se infiere que, al definir quiénes quedan obligatoriamente comprendidos en el 'sistema', esa norma señala quiénes serán sujetos de los derechos u obligaciones previstos en el régimen de mención. Por el contrario, al referirse a los 'exceptuados', dispone que éstos serán ajenos a tal 'sistema' *en su totalidad*. Es decir, los profesionales comprendidos en esta excepción quedarán al margen tanto de los aportes, contribuciones y 'otros recursos financieros' establecidos en el Título III, Capítulo I de la ley, como de las prestaciones y beneficios desarrollados a lo largo del Título II ... Por consiguiente, se advierte que la reglamentación que pretende acotar la excepción legalmente dispuesta al pago de aporte mínimo anual obligatorio (AMAO) vulnera de un modo irrazonable la voluntad legislativa, desnaturalizándola" (fs. 252/256).

6. CASSABA interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 263/281 vta.), que previa contestación por la actora (fs. 283/284 vta.), fue concedido parcialmente por la Sala II (fs. 286/287 vta.).

7. A fs. 295/301 vta. obra el dictamen del Fiscal General Adjunto, quien propicia que se haga lugar al recurso de inconstitucionalidad impetrado por la parte demandada, se revoque la sentencia apelada y se rechace el amparo.

FUNDAMENTOS:

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

1. El recurso de inconstitucionalidad deducido por CASSABA fue correctamente concedido por la Cámara, ya que cumple los requisitos formales exigidos por la ley 402 y plantea adecuadamente un caso constitucional: el examen de la validez de la disposición 004-A-05 dictada por la Asamblea de Representantes de CASSABA, a la luz de distintos principios y derechos de jerarquía constitucional.

2. La cuestión planteada en este proceso ya ha sido abordada por este Tribunal *in re*: "Fornasari, Norberto Fabio c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido" (expte. nº 4911/06)", resolución del 18/4/2007, por lo que corresponde hacer aplicación de los argumentos pertinentes expresados en aquella sentencia, a los que nos remitimos por razones de brevedad.

En consecuencia, votamos por: *a)* hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por CASSABA, revocar la sentencia de Cámara y rechazar la acción de amparo; *b)* imponer las costas de todo el proceso en el orden causado (art.

14, CCBA); *c)* agregar a este expediente copia de la sentencia de fecha 18/4/2007, dictada por el Tribunal en los autos "Fornasari, Norberto Fabio c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido" (expte. nº 4911/06)" y *d)* mandar que se registre, se notifique con copia de la sentencia indicada en el punto c) y, oportunamente, se devuelva.

Así lo votamos.

El juez Luis F. Lozano agregó:

1. Si bien las razones efectuadas *supra* bastan para revocar la sentencia del *a quo*, un segmento de la pretensión de autos, tal como ha sido interpretada por los jueces de mérito, merece consideraciones adicionales relativas al límite que el concepto de caso o causa constituye para la competencia del Poder Judicial en el marco de nuestra organización institucional (conf. art. 106, CCBA) lo que, en rigor, las ubica lógicamente en un plano anterior de análisis.

2. Para ser objeto de un pronunciamiento judicial que, por definición, debe poner fin a una controversia de modo definitivo, toda pretensión debe estar referida (en su totalidad) a una o varias relaciones jurídicas concretas, respecto de las que, exclusivamente, operará dicho pronunciamiento, asegurando así que no lo hará sobre una norma general cuya emisión y mantenimiento incumben a otra autoridad —en este caso, la resol. 004-A/05—. En otras palabras, la cosa juzgada, nota distintiva (en el sentido de exclusiva) de la función judicial no puede quedar consagrada más que respecto de relaciones jurídicas concretas. En efecto, una potestad judicial que permitiera a los jueces "decir el derecho" con prescindencia de un grupo definido de relaciones jurídicas concretas resulta a todas luces ajena a la función jurisdiccional y se asemeja a la obtención de una inmunidad o fuero personal —conf. voto Casás, Lozano *in re* "Almeida, Marcelo y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/conflicto de competencia'" (expte. nº 4756/06) resolución del 14/7/2006—. Además, proyectaría efectos distorsivos del sistema judicial, por otorgar al pronunciamiento, para evitar males mayores, una autoridad de cosa juzgada mitigada, toda vez que, a diferencia de la regla en la materia, aun cuando la sentencia quedara firme, podría ser modificada por un cambio normativo —el desarrollo *in extenso* de estas consideraciones se encuentra en mi voto *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Asociación Argentina de Agencias de Publicidad c/GCBA s/impugnación de actos administrativos'", expte. 4889/06, sent. del 21/3/2007).

3. Conforme a las pautas expuestas, cabe destacar que existe un segmento de la pretensión del actor, tal como fue expuesta en el petitorio de la demanda e interpretada por la Cámara, no es pasible de ser objeto de una sentencia definitiva por parte de los jueces. En efecto, en el petitorio de su amparo el actor solicitó que "se haga lugar a la demanda [...] imponiéndose a la CASSABA la obligación de no considerar afiliado/a, con la correspondiente cesación de los efectos que produce la situación actual; y se disponga extender testimonio y/o copias certificadas de

la sentencia para que sean presentadas en todos los expedientes en donde actúe" (fs. 15). A su turno, la Cámara interpretó dicha pretensión en el sentido de que "la parte actora promovió acción de amparo contra CASSABA solicitando la declaración de inconstitucionalidad de la reglamentación del art. 5º de la ley 1181 *y le imponga la obligación de no considerarla afiliado*" (ver fs. 286, la bastardilla me pertenece). Es justamente el segmento destacado —la aspiración de la actora de obtener la desafiliación de CASSABA— es el que no es pasible de ser puesto a consideración de un organismo de poder judicial. De hacer lugar al planteo enunciado, la resolución que disponga la desafiliación implicaría el otorgamiento de una suerte de inmunidad frente a créditos eventuales, tornando inaplicable *in eternum,* exclusivamente respecto de la abogada Daniela Alejandra Arnus, el sistema previsional vigente en el ámbito de la Ciudad para los letrados que ejercen en esta jurisdicción. Ello, conforme surge del voto de los doctores Casás y Lozano *in re* "Almeida" (citado *supra*), resulta a todas luces ajeno a la función jurisdiccional y se asemeja a la obtención de una inmunidad o fuero personal. En el mismo sentido, un pronunciamiento de tales características no operaría sobre un universo definido de relaciones jurídicas concretas, como requiere el concepto de causa, sino que lo haría sobre una categoría abstracta —contribuciones a la CASSABA en virtud de la interpretación de la ley contenida en el art. 5º de la resol. 004-A/05—, que, eventualmente, podría ser llenada por un sinnúmero de relaciones jurídicas no especificadas en estas actuaciones —generadas en eventuales honorarios profesionales que la actora pudiera percibir en el futuro—. Ello sólo sería posible de mediar una declaración en abstracto en dicho sentido, lo cual pone de manifiesto el exceso en relación al concepto de caso o causa, pues no se verifica una afectación o perjuicio actual que habilite la jurisdicción del órgano judicial. En este orden de ideas, cabe recordar que lo expuesto no se contrapone con lo resuelto por la CSJN, por ejemplo, *in re* "Inchauspe, Pedro Hnos. c/Junta Nacional de Carnes" (*Fallos,* 199:483) pues, si bien en dicho precedente se discutía la constitucionalidad de la afiliación forzosa de los actores a la Corporación Argentina de Productores de Carnes —reemplazada posteriormente por Mercados de Haciendas y Carnes—, ello era instrumental a una pretensión que se agotaba en la repetición ciertas sumas de dinero —típico ejemplo de un caso o causa.

Finalmente, cabe destacar que mi voto en el mencionado precedente "Fornasari" no mereció los reparos aquí expuestos toda vez que, conforme expuso la doctora Ana María Conde en el punto 2 de su voto (al que adherí), el pedido de declaración de inconstitucionalidad del reglamento en dichos autos podía entenderse limitado a los honorarios devengados con anterioridad o concomitantemente con la tramitación del amparo —circunstancia que sí constituía un caso o causa, por permitir la identificación de relaciones jurídicas concretas.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. La abogada Daniela Alejandra Arnus promueve este amparo para evitar el pago de aportes a CASSABA en virtud de la ley local 1181 y su reglamentación

por el órgano de aplicación mencionado, reglamentación a la que considera contraria a las constituciones local y nacional en varios puntos. La jueza de primera instancia le concede razón y la ampara. La Cámara (Sala II) confirma su sentencia, según el razonamiento que indicaré *infra*. Contra esa decisión se alza CASSABA, demandada en la ocasión, por intermedio de un recurso de inconstitucionalidad que surte la competencia de nuestro Tribunal. Ese recurso es admitido parcialmente, sólo en razón de la interpretación constitucional que dejó sin aplicación las normas relativas a la reglamentación citada (en especial, el art. 5º de la resol. 004-4/05), pues el recurso resulta rechazado en tanto se funda en otro motivo, la arbitrariedad. No existe queja acerca del rechazo y su reglamentación por CASSABA.

2. Acotado así el problema del recurso, la sentencia impugnada nos permite identificar una segunda limitación. En efecto, aquélla distingue en el recurso de apelación de la CASSABA dos razones de debate acerca de la constitucionalidad del reglamento mencionado, punto central del litigio: el primero se refiere a la constitucionalidad de la reglamentación según el órgano del cual procede, aspecto que se refiere a la competencia formal para reglamentar una ley; el segundo —si hipotéticamente triunfa el reglamento como válido en el control de constitucionalidad anterior— se refiere a la racionalidad del contenido material y concreto de las normas reglamentarias conforme a lo dispuesto por la ley 1181. La Cámara decidió el primero de estos problemas a favor de la competencia de CASSABA para reglamentar la ley y esta decisión, en este punto, no fue recurrida por quien podía agraviarse, razón por la cual no nos referiremos a esta dificultad en nuestro voto. Por lo contrario, la Cámara reputó irrazonable el contenido concreto de la reglamentación, particularmente su art. 5º, razón excluyente por la que confirma el fallo apelado. Ésta es la única cuestión material que someteremos a nuestra consideración, pues el recurso sólo puede dirigirse a criticar la resolución fundada en esta afirmación y a pretender una decisión opuesta.

3. Entiendo que, con razón suficiente, la Cámara ha concedido el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por CASSABA. Con claridad ha dicho y puede verificarse que todo el procedimiento y sus decisiones giran siempre, desde su iniciación, alrededor del argumento constitucional, cualquiera que sea el nombre que, por momentos, a éste le sea asignado. Precisamente, las decisiones dejan sin aplicación una norma local con el argumento de que ella resulta contraria a la Constitución local y nacional, solución que impugna el hoy recurrente, el demandado CASSABA. Se trata de un caso típico de impugnación constitucional (conf. art. 27, ley 402), razón por la cual la Cámara ha acertado al declarar procedente el recurso en la parte que menciona.

4. En este punto, y a los efectos de tratar la cuestión atinente a la forma procesal escogida por la actora para articular su planteo, corresponde señalar que el asunto sometido a decisión del TSJBA resulta sustancialmente análogo a los precedentes "Young, Tomás Héctor Francisco c/Caja de Seguridad para Abogados de la CABA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido",

expte. nº 5143/06, resolución del 12/7/2007 y "Pasquini, Fernando Damián c/Caja de Seguridad Social para Abogados de la CABA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 5153/07, resolución del 12/7/2007.

En el desarrollo de mi primer fundamento en el caso "Young" —al que me remití en el caso "Pasquini"— yo expuse que, no obstante reconocer la inexistencia de queja del demandado en cuanto a la vía elegida por la actora para tramitar el litigio a la luz de las impugnaciones expresadas en su recurso de inconstitucionalidad, esa vía (el amparo) resultaba ilegítima e inidónea para resolver la controversia; en particular, sostuve que la utilización del amparo limitaba sensiblemente la posibilidad de decisión del Tribunal aun en torno al recurso interpuesto.

5. Tal como lo expresé en "Pasquini", no reproduciré aquí los fundamentos completos sobre los cuales sustenté mi convicción respecto de la inidoneidad del amparo para tramitar "Young". Tampoco habré de ceñir este punto de mi voto a una mera remisión a lo expuesto entonces respecto de la vía escogida. Considero decisiva una nueva reflexión, expuesta más sintéticamente que en el precedente citado, acerca de dichos fundamentos.

En primer lugar, el amparo es claramente inadecuado para resolver un problema relativo a la existencia o posibilidad de existencia de un crédito del que es deudora una persona determinada. Por lo contrario, la satisfacción de los pasos establecidos en los procedimientos judiciales previstos en la ley procesal habrían permitido estar frente a la sentencia emanada de un juicio ordinario (o, cuando menos, sumario), cumplidas las exigencias típicas de este tipo de procedimientos (defensa y prueba) que, por su parte, habrían definido con mayor exactitud los términos del litigio planteado por la actora.

En segundo lugar, las condiciones constitucionales exigidas para la procedencia del amparo no resultan verificadas en el caso analizado. Así, la evidencia inicial de la ilegitimidad del acto u omisión cuestionados (primer recaudo) debe concurrir con un daño grave e inminente a un derecho constitucional o legal que deba ser restablecido de inmediato (segundo recaudo).

En mi opinión, la ausencia de ambas condiciones en el caso resulta palmaria, circunstancia suficiente para hacer lugar al recurso de la accionada, pues la ilegitimidad constitucional demandada por la amparista no resulta evidente o manifiesta (repárese asimismo en que la propia Constitución local abre la vía del amparo "...siempre que no exista un medio judicial más idóneo..."; art. 14).

6. Aquello expuesto en el punto anterior aconseja reiterar que la vía expedita y rápida prevista por la norma constitucional parcialmente transcripta, no constituye un procedimiento judicial genérico, residual y a voluntad de la actora, cuyo funcionamiento resulte poco menos que subsidiario respecto de los procedimientos específicos reglados por la ley procesal. Como ya lo he dicho en casos recientes, no resulta legítimo, por regla, reemplazar procedimientos judiciales, previstos en la ley procesal, por el amparo como trámite más sencillo y rápido, *teóricamente*. "[A] l abuso permanente de esta vía 'expedita y rápida' lo acompaña el riesgo de tornarla

autofrustrante, al vaciarla de toda especificidad y permitir su elección a gusto de la actora (ver, por ejemplo, expte. nº 4809/06, "Dr. Ricardo Monner Sanz c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA] s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. nº 4313/05, "Lotería Nacional Sociedad del Estado s/queja por recurso de apelación ordinario denegado en 'doctor Ricardo Monner Sanz c/Instituto de Juegos de apuestas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otros s/otros procesos incidentales'", resolución del 6/10/2006 y expte. nº 4781/06, "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Alonso, Daniel c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA]'", resolución del 30/11/2006, así como en los casos mencionados en los fundamentos de ese voto; aun más recientemente, "Fornasari, Norberto Fabio c/GCBA y otros s/amparo [art. 14, CCBA] s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 4911/06, resolución del 18/4/2007)" —conf. mi voto en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado" en 'Parcansky, Manuel Jorge c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 4970/06, resolución del 5/6/2007.

7. Por lo demás, cabe agregar que, de las consideraciones que anteceden y del desarrollo del recurso, esto es, de los principios y argumentos sintetizados anteriormente, provenientes del caso "Young", ya citado, resulta razonable —y, por lo contrario, lejano a la irrazonabilidad pretendida por la actora—, el contenido concreto de la reglamentación examinada. En efecto, aun cuando pueda coincidirse en afirmar que las prestaciones previsionales son contribuciones que, en una clasificación extensiva, pueden ingresar a la materia tributaria (impuestos, tasas y contribuciones), lo cierto es que la referida reglamentación no implica, necesariamente, que el fruto económico del trabajo de un abogado en el territorio de la Ciudad de Buenos Aires y en los tribunales allí ubicados quede exento de aquellas contribuciones que no están basadas en servicios o beneficios concretos para el contribuyente, sino, por lo contrario, en aquellas fundadas en los principios de universalidad y solidaridad, esto es, en toda prestación previsional o social, cualquiera que sea el sistema que se adopte. Tampoco resulta correcto afirmar que la amparista no recibirá beneficio alguno por sus aportes previsionales, cualesquiera que ellos sean, pues esas contribuciones —bajo ciertas condiciones que, precisamente, regula la misma ley—, podrán ser proyectadas a su haber jubilatorio final. La circunstancia apuntada verifica que estos agravios, lo reitero, tampoco pueden tildarse de evidentes o manifiestos desde el punto de vista constitucional.

8. Por lo expuesto hasta aquí, mi solución, concordante con la propiciada por el señor Fiscal General Adjunto, consiste en hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la accionada y rechazar el amparo requerido. Las costas de todo el proceso se imponen en el orden causado (art. 14, CCBA). El señor Secretario se servirá agregar una copia de la sentencia dictada en el caso "Young", con sus fundamentos más extensos, que aquí doy por reproducidos, para ilustración de las partes.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad deducido por CASSABA a fs. 263/281 vta. (concedido parcialmente por la Sala II de la Cámara CAyT a fs. 286/287 vta.) debe ser rechazado ya que no cumple con lo prescripto por el art. 27 de la ley 402.

2. CASSABA afirma que la sentencia que recurre afecta derechos y principios de rango constitucional (arts. 14 bis y 16 de la C.N. y 81, inc. 5º de la CCBA).

La recurrente sostiene que "[e]l decisorio del tribunal *a quo*, que agravia a mi parte, ha venido a cercenar y desconocer el ejercicio de facultades previstas en el art. 81, inc. 5º de la CCBA, que faculta a la Legislatura de la Ciudad a crear organismos de seguridad social para profesionales" (fs. 273 vta.) y que la Sala II no ha efectuado "...una ponderación concreta sobre los conceptos emergentes de los principios inherentes a la seguridad social, al quicio constitucional derivado del art. 14 bis de la Constitución, a su sentido y alcance" (fs. 278). Por fin, denuncia la situación desigualitaria en que la sentencia recurrida colocaría a abogados que se desempeñan en el ámbito de la Ciudad Autónoma (fs. 279 vta.).

Una lectura atenta del escrito de fs. 263/281 pone en evidencia que la mención de los derechos contenidos en la Constitución Nacional y local se agota allí.

3. En lo que sigue, CASSABA simplemente relata cómo —según su particular criterio— debieran interpretarse las normas locales involucradas en la materia —la ley 1181 (y su terminología, por ejemplo la expresión "afiliados") así como la disposición 004-A-05 de la Asamblea de Representantes— (conf. argumentos de fs. 274, y 280 vta.); sin llegar, siquiera, a controvertir, constitucionalmente, los fundamentos en que se apoya la resolución que se intenta poner en crisis.

En síntesis, la recurrente no da razones que vinculen la cuestión que pretende articular con la solución que impugna.

4. En estas condiciones, la mera mención de que se afectan principios y derechos de índole constitucional no es suficiente para habilitar la vía recursiva extraordinaria intentada pues, como lo ha sostenido en múltiples precedentes el Tribunal *"[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. nº 131, resolución del 23/2/2000, en: *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. II, pp. 20 y ss.).

5. Por lo expuesto, voto por rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por CASSABA a fs. 263/281, con costas.

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el señor Fiscal General Adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Caja de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires,

revocar la sentencia de fs. 252/256, que confirmó la de fs. 88/91, y *rechazar* la acción de amparo.

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

3º. *Agregar* a este expediente copia de las sentencias dictadas por el Tribunal de fecha 18/4/2007, en los autos "Fornasari, Norberto Fabio c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido" (expte. nº 4911/06) y de fecha 12/7/2007, en los autos "Young, Tomás Héctor Francisco c/Caja de Seguridad Social para Abogados de la CABA y otros s/amparo (art. 14, CCBA)" s/recurso de inconstitucionalidad concedido" (expte. nº 5143/07).

4º. Mandar que se registre, se notifique con copia de las sentencias indicadas en el punto anterior y, oportunamente, se devuelva.

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

En similar sentido se resolvió en las causas 5471/07 "Cassola, Virginia Marta c/Caja de Seguridad Social para Abogados de la CABA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido"); 5472/07 "Vainesman, Pablo c/Caja de Seguridad Social para Abogados de la CABA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido"; 5474/07 "Berasategui, Esther y otros c/Caja de Seguridad Social para Abogados de la CABA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", del 20/2/2008 y; 5455/07 "Trotta, Patricia Susana y otros c/Caja de Seguridad Social para Abogados de la CABA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", del 27/2/2008.

XVIII

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSOR GENERAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN INCIDENTE DE BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS EN 'ONISZCZUK, CARLOS ALBERTO S/INFRACCIÓN LEY 255 —APELACIÓN'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Caso constitucional. Sentencia definitiva. Beneficio de litigar sin gastos. DEFENSOR OFICIAL: Exención del depósito.

SUMARIOS:

1. Debe rechazarse el recurso de queja si no contiene una crítica concreta, desarrollada y con sustento en los hechos relevantes de la causa que tenga aptitud suficiente para poner en crisis el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad.

(Voto de los señores jueces Alicia E. C. Ruiz, José O. Casás, Ana María Conde y Julio B. J. Maier).

2. Debe rechazarse el recurso de queja frente al pronunciamiento que dispuso denegar el beneficio de litigar sin gastos solicitado por el imputado, desde que no constituye sentencia definitiva o una equiparable a tal, ni aun una resolución que cause estado (art. 76 del CCAyT). *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

3. Corresponde la exención del pago del depósito cuando el recurso de queja procede de la defensa oficial. *(Voto de los señores jueces Alicia E. C. Ruiz, Julio B. J. Maier, Luis F. Lozano).*

Expte. nº 5463/07 - 20/2/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La defensa de Carlos Alberto Oniszczuk se presenta en queja (fs. 23/32) contra la decisión de la Sala I de la Cámara CyF, de fecha 29/8/2007, que declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad oportunamente presentado. Este último, a su vez, había sido interpuesto contra la decisión de la misma Sala que había resuelto: "Confirmar la resolución en crisis [...] en cuanto resolvió denegar el beneficio de litigar sin gastos peticionado por la defensa" (fs. 12).

2. En el recurso de inconstitucionalidad denegado la defensa alegó, como agravios constitucionales, bajo el título "Errónea y falta de valoración de la prueba ofrecida y producida en autos. Nulidad de las resoluciones de primera y segunda instancia": *a)* que la decisión recurrida es arbitraria, porque con respecto a uno de los puntos planteados la Cámara no brindó argumento alguno, sino que sólo se remitió a un precedente del TSJBA ("Ronchetti"), que no resultaba aplicable al caso (fs. 15 vta./16 vta.); *b)* que "...ni el juez de grado ni la cámara tomaron en cuenta y menos aún, produjeron, las medidas probatorias que extensa y puntualmente solicitó la defensa oficial" (fs. 17); *c)* que "...el juez de grado libró erradamente el pedido de informes al Registro Nacional de la Propiedad Inmueble, pues no requirió a ese organismo que le informe si sobre él o los eventuales inmuebles que pudiera haber a nombre de mi asistido pesaban gravámenes. Y esto [...] surge acabadamente de la prueba documental que en copia certificada acompañó esta defensa y que, reitero, no fue valorada por el tribunal *a quo* ni por el *ad quem*" (fs. 17 vta.); *d)* que la duda acerca de la situación económica del imputado, expresada por el juez de grado, debió resolverse a favor del solicitante, conforme jurisprudencia que cita (fs. 17 vta./18); y *e)* que el criterio del juez de grado para tener por acreditado el estado de pobreza resultó sumamente riguroso y opuesto a lo que determina la Constitución local y a lo que establece la pacífica doctrina y la jurisprudencia de la CSJN (fs. 18/19).

3. La Cámara declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad, pues entendió que "...aun cuando sea dudoso que la decisión en crisis sea susceptible de irrogar un perjuicio irreparable que permita analogarla a sentencia definitiva toda vez que ella, por definición normativa, 'no causa estado' ya que 'si es denegatoria el interesado puede ofrecer nuevas pruebas y solicitar una nueva resolución' (art. 76, CCAyT), tampoco presentan los agravios una cuestión constitucional que merezca ser llevada a los estrados de la instancia extraordinaria" (fs. 22).

4. El Fiscal General Adjunto, en su dictamen (fs. 36), considera que se debe declarar inadmisible el recurso de queja intentado, con costas, pues omite por completo cualquier crítica fundada respecto de las razones por las que no se concedió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto, defecto que debe conducir, sin más, a declarar su inadmisibilidad. Por lo demás, entiende que, tal como lo ha indicado el *a quo*, los agravios que la parte intenta traer a estudio del Tribunal se dirigen a revisar la valoración de los elementos de prueba que efectuara el juez de primera instancia, cuestión que por principio resulta ajena a esta instancia; y que la decisión recurrida no puede considerarse definitiva pues, conforme lo dispone el art. 76, CCAyT, la resolución que deniega o acuerda el beneficio no causa estado.

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de queja interpuesto a fs. 23/32 fue deducido en tiempo (art. 33, ley 402). Sin embargo, no puede prosperar.

2. En efecto, a pesar de la extensión del escrito presentado, la defensa no ha logrado exponer de forma concreta, clara y ordenada la crítica a los motivos por los que la Sala I de la Cámara consideró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad intentado (conf. TSJBA *in re* "Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 *bis* —causa 665-CC/2000— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 865, resolución del 9/4/2001, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. III, pp. 92 y s.).

En ese sentido, la presentación directa prácticamente se limita a reiterar de forma desordenada los planteos efectuados con anterioridad en los recursos de apelación e inconstitucionalidad, pero sin rebatir argumentativamente las razones expuestas por la Cámara para denegar su recurso, a saber: a) que era dudoso que la decisión en crisis fuera susceptible de irrogar un perjuicio irreparable que permitiera equipararla a sentencia definitiva; y b) que los agravios de la defensa no presentaban una cuestión constitucional (fs. 22).

3. Dado que ya me he manifestado a favor de la exención del pago del depósito cuando el recurso procede de la defensa oficial, a tal respecto remito a mi opinión en "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Feng Chen Chih s/art. 40 CC —apelación—'", expte. nº 2212, resol. del 11/6/2003; "Ministerio Público —Defensoría Oficial

Nº 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Caro, Maximiliano Daniel s/arts. 61 y 63 CC, apelación'", expte. nº 2197, resol. del 10/9/2003; "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional Nº 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Echagüe, Damián s/violar luz rojas y otra'", expte. nº 2279, resol. del 30/9/2003; y "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 8— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Prescava, David Daniel s/art. 186 bis C.P.'", expte. nº 3562/04, resol. del 25/2/2005.

Por estas razones, voto por rechazar el recurso de queja intentado.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

Acompaño la decisión de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, en cuanto propicia rechazar la queja interpuesta. La defensa no ha logrado una exposición clara de los motivos por los cuales critica el auto denegatorio de su recurso de inconstitucionalidad. Más allá de que esta razón —por sí— me permite rechazar el recurso directo, como la sentencia dictada por la Cámara en este incidente no es definitiva, el Tribunal tampoco resulta competente para revisarla (ver mi voto en "Trucco, Margarita Teresita s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Trucco Margarita Teresita c/GCBA s/beneficio de litigar sin gastos'", expte. nº 5332/07, sent. del 14/11/2007).

Según lo expuse en reiteradas ocasiones (ver, *inter alia*, mi resolución como juez de trámite en "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 3— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ábalos, Oscar Adrián s/art. 71 CC —apelación'", expte. nº 1509/02: interpretación sistemática del art. 34, II, ley local 402 y art. 3º, inc. a], ley local 327), no corresponde intimar al defensor oficial —órgano del Ministerio Público según la propia, CCBA— para que acredite el pago del depósito previsto como requisito de admisibilidad de un recurso de queja relativo a un recurso de inconstitucionalidad denegado.

El juez José O. Casás dijo:

1. Adhiero al voto de la señora jueza de trámite, doctora Alicia E. C. Ruiz, en tanto resalta que la queja no contiene una crítica concreta, desarrollada y con sustento en los hechos relevantes de la causa que tenga aptitud suficiente para poner en crisis el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad. En suma, las escuetas referencias al auto denegatorio efectuadas por la defensa resultan insuficientes para dar fundamento a la presentación.

2. Por otra parte, la decisión de la Cámara que confirmó el rechazo del beneficio de litigar sin gastos (fs. 11/12) no es una *sentencia definitiva* en los términos del art. 27 de la ley 402. El art. 76 del CCAyT establece expresamente que "[l]a resolución que deniega o acuerda el beneficio no causa estado", motivo por el cual no se advierten, en el caso, impedimentos para que la parte interesada demuestre por nuevos medios la situación económica que invoca —considerada insuficientemente acreditada por los jueces de la causa— (conf. doctrina de *Fallos,* 325:2623

y 326:287, entre otros). Tampoco la defensa ha realizado algún esfuerzo argumental orientado a demostrar que la decisión objetada genere al señor Oniszczuk un perjuicio de imposible o insuficiente reparación ulterior y así poder asimilarla a una *sentencia definitiva* (ver mi voto *in re* "Trucco, Margarita Teresita s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Trucco, Margarita Teresita c/GCBA s/beneficio de litigar sin gastos'", expte. nº 5332/07, sent. del 14/11/2007).

Por las razones expuestas, concordantemente con lo dictaminado por el señor Fiscal General Adjunto, entiendo que corresponde rechazar el recurso de queja deducido e intimar al cumplimiento de la integración del depósito previsto en el art. 34, LPTSJ [conf. mis votos en: "Empresa de Transporte Pedro de Mendoza CISA —causa 459-CC/00— s/recurso de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado", expte. nº 724/00, resolución del 14/2/2001 (en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, t. III, pp. 16 y ss.); "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional Nº 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Oniszczuk, Carlos Alberto y Márquez, Sandra Rosana s/ley 255 —apelación", expte. nº 2266, sent. del 16/7/2003 y "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ronchetti, Leonardo s/art. 47 CC —apelación'", expte. nº 3996/05, resolución del 14/9/2005].

Así lo voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. La queja planteada por la defensa del señor Oniszczuk no puede prosperar pues el recurso de inconstitucionalidad que defiende no ataca una sentencia definitiva como lo exige el art. 27 de la LPT.

2. El pronunciamiento que dispuso denegar el beneficio de litigar sin gastos solicitado por el imputado, no constituye sentencia definitiva o una equiparable a tal, ni aun una resolución que cause estado (art. 76 del CCAyT).

El recurrente esgrime que el perjuicio provocado por el pronunciamiento que origina esta queja resulta irreparable, dado que habiendo la defensa articulado en el proceso principal "recurso de queja por recurso extraordinario federal denegado (...) ante el rechazo del beneficio de litigar sin gastos, mi asistido debería efectuar un depósito dinerario de $ 5.000 (cinco mil pesos) para acceder a la instancia extraordinaria" (fs. 15/16). Por ello, considera afectado el acceso a la justicia, el derecho de defensa y el principio de igualdad (arts. 16 y 18, C.N., arts. 2º y 18 de la DADDH, y arts. 7º y 8º de la DUDH).

3. Por los argumentos expuestos *in re* "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Szlukier, Lázaro León; Cosentino, Marcela s/inf. arts. 116 y 117 ley 1472 (Carabobo 23) —apelación'", expte. nº 5388/07, resolución del 30/8/2007, votos de mayoría, a los que remito en honor a la brevedad, no corresponde exigir el depósito establecido por el art. 34 de la ley 402. Esa circunstancia, para

lo que ahora importa, diluye la existencia de un perjuicio irreparable porque queda asegurado el acceso a la justicia y el ejercicio del derecho de defensa.

4. Tampoco demuestra el recurrente que lo resuelto en esta incidencia le impida acudir a la instancia federal o ejercer su defensa en ella con la amplitud que le acuerdan la C.N. y la ley. Ello así, en tanto la CSJN no exige el depósito previsto por el art. 286 del CPCCN con carácter previo a resolver la procedencia formal de la queja por recurso extraordinario federal denegado. En consecuencia, la resolución apelada no es equiparable a un pronunciamiento definitivo. Por lo demás, no constituye responsabilidad del Tribunal remover los obstáculos que encuentre el ejercicio de la defensa en jurisdicción de la Nación.

En consecuencia, en sentido concordante con lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto, voto por rechazar la queja.

La jueza Ana María Conde dijo:

Coincido con mis colegas preopinantes, en tanto la queja bajo estudio no contiene una crítica seria y concreta contra los argumentos expuestos por el Tribunal *a quo* en su auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad. En tal sentido fue correcto afirmar que no se recurrió una sentencia definitiva (art. 27, ley 402) pues, conforme se desprende expresamente de la norma aplicable (art. 76, CCAyT) cuya constitucionalidad, dicho sea de paso, no fue cuestionada por la defensora oficial, la resolución que concede o deniega un beneficio de litigar sin gastos —por su carácter provisional o transitorio— "no causa estado" y en principio no puede ser revisada en esta instancia. Si bien el Defensor General intentó suplir las falencias argumentativas de su inferior jerárquica, aunque en rigor terminó profundizándolas, tampoco logró agregar razones legítimas o convincentes que permitieran equipararla a aquélla a los efectos de habilitar formalmente la vía extraordinaria local. En efecto, resulta absolutamente atinada la conclusión del *a quo* en cuanto a que el recurso de inconstitucionalidad no involucra ninguna cuestión constitucional sino que se sustenta —exclusivamente y al margen de unas pocas alusiones a derechos de tal naturaleza— en una mera discrepancia con los motivos, por cierto, de hecho y prueba, que llevaron a un magistrado a rechazar un beneficio que la propia norma ha consagrado como una excepción a la regla general sobre la responsabilidad por el pago de las costas y cargas del proceso. La queja, sin dudas, no ofrece fundamentos suficientes para contradecir dicha conclusión.

Por lo demás, no puedo dejar de remarcar que, conforme surge de las constancias aportadas a esta instancia por el interesado, el requirente no ha demostrado —ni siquiera mínimamente— que atraviese por una situación de carencia de recursos que le impidan afrontar los gastos del proceso y menos aún ha evidenciado que los jueces de mérito hubieran ejercitado de un modo inadecuado la facultad estimatoria que sólo a ellos incumbe. Concretamente, la denuncia formulada por la defensora oficial de primera instancia en cuanto a que "el juez de grado libró erradamente el pedido de informes al Registro Nacional de la Propiedad Inmueble" (ver fs. 17/ vta.; o punto 2 de las resultas de esta sentencia), no sólo no tiene la entidad que la

defensa le asigna, sino que, en todo caso, dicho pedido parece reproducir y respetar *literalmente* los términos empleados por la recurrente en su ofrecimiento de prueba (conf. fs. 2 vta., segundo párrafo). En consecuencia, dado que el contraventor no se ha preocupado por probar fehacientemente su imposibilidad para costear total o parcialmente este proceso, ni ha explicado claramente cuál es su verdadera situación económica, ni la fuente o cuantía de sus ingresos, las resoluciones de mérito resultan apropiadamente razonadas y fundadas.

Finalmente, aun en el supuesto de que correspondiese a este estrado evaluar la situación personal o financiera del señor Oniszczuk, sobre la base de los elementos aportados a la causa, cabe afirmar que se torna inverosímil o asombroso que el nombrado se encuentre impedido de afrontar los gastos que irroga el proceso principal, pues no escapa al conocimiento del Tribunal que el interesado, en un período temporal relativamente breve, ha explotado numerosos locales comerciales (ver expediente principal: "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Oniszczuk, Carlos Alberto s/inf. ley 255 —apelación'", expte. nº 4859, sent. del 1º/12/2006; o para un mejor estudio de la profusa actividad comercial desplegada por el requirente ver, *in re* "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Oniszczuk, Carlos Alberto s/inf. ley 255 (J.B. Alberdi 2461) —apelación'", expte. nº 3285, sent. del 28/2/2005; "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Oniszczuk, Carlos Alberto s/inf. ley 255 —apelación'", expte. nº 3171, sent. del 16/12/2004; "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 4— s/recurso de inconstitucionalidad concedido en 'Oniszczuk, Carlos Alberto y Vallejos, Patricia Teresa Itatí s/inf. ley 255 (F. Lacroze 3531) —apelación'", expte. nº 2954, sent. del 24/8/2004; "Ministerio Público —Defensoría 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'", expte. nº 2620, sent. del 13/5/2004; "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Oniszczuk, Carlos Alberto y Márquez, Sandra Rosana s/inf. ley 255 —apelación'", expte. nº 2266, sent. del 18/9/2003), y según parece desprenderse de otros expedientes recientemente ingresados a estos estrados existirían varios establecimientos comerciales que, al menos a la fecha de promoverse este beneficio de litigar sin gastos, todavía explotaba (a título de ejemplo ver: "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en autos 'Zorrilla, Miriam Judith y Oniszczuk, Carlos Alberto s/infr. arts. 116 y 117 CC'", expte. nº 5422, cuya sentencia se firma juntamente con la presente resolución; "Ministerio Público —Defensoría General Adjunta en lo Penal, Contravencional y de Faltas— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Oniszczuk, Carlos Alberto y Villar, Valeria s/infr. art. 116, ley 1472 (Elcano 3498)'", expte. nº 5529, pendiente de resolución; "Minis-

terio Público —Defensoría General— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en los autos 'López, Romina y Oniszczuk, Carlos Alberto s/inf. arts. 116, 117 y 118, CC'", expte. nº 5737, pendiente de resolución).

Por los argumentos brevemente expuestos voto por *rechazar* la queja intentada e *intimar* la integración del depósito de ley, bajo apercibimiento de ejecución.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja agregada a fs. 23/32.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita esta queja a la Sala I de la Cámara CyF.

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

XIX

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA OFICIAL EN LO CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS Nº 6— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'ZORRILLA, MIRIAM JUDITH Y ONISZCZUK, CARLOS ALBERTO S/INFR. ARTS. 116 Y 117, CC'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Caso constitucional. Cuestiones de hecho y prueba. Interpretación de normas infraconstitucionales. Arbitrariedad de sentencia. DEFENSOR OFICIAL: Exención del depósito.

SUMARIOS:

1. El recurso de queja debe ser rechazado pues los argumentos esgrimidos por la defensa traducen planteos relativos a cuestiones de hecho y derecho infraconstitucional ajenos a la competencia del Tribunal, por ser ésta de conocimiento limitado. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere el señor juez José O. Casás).*

2. No puede hacerse lugar al agravio referido a la arbitrariedad de sentencia, cuando la decisión recurrida, más allá de su acierto o error, desarrolla un tratamiento de las cuestiones suscitadas en la causa y de los hechos controvertidos que impiden tildarla de arbitraria por resultar fruto del mero arbitrio de los jueces que actuaron en ella. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

3. No corresponde exigir el depósito previsto en el art. 34 de la ley 402, habida cuenta de que el deber de depositar sobreviene a una presentación decidida por el

defensor oficial, que el defendido no puede eludir, puesto que la defensa, aunque para tutelarlo, le ha sido impuesta. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, coincidente con el de los señores jueces Julio B. J. Maier y Alicia E. C. Ruiz).*

4. Corresponde intimar al cumplimiento de la integración del depósito previsto en el art. 34, LPTSJ, dado que el imputado no se encuentra dentro de los sujetos exentos por la ley de tasa judicial (nº 327), ni acreditó haber obtenido o iniciado un beneficio de litigar sin gastos. *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás).*

Expte. nº 5422/07 - 20/2/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Defensora Oficial del señor Oniszczuk interpuso recurso de queja (fs. 24/30) contra el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad (fs. 18/21), que fuera articulado, a su vez, contra la resolución de la Sala II de la Cámara CyF (fs. 1/7) que había decidido "Confirmar la sentencia de fs. 268/273, punto I, en cuanto condena a Carlos Alberto Oniszczuk, por considerarlo autor contravencionalmente responsable, a título doloso, de las conductas previstas y reprimidas por los arts. 116 y 117, en orden al hecho constatado el día 15/3/2006 en el establecimiento comercial sito en Avda. Elcano y Virrey Olaguer y Felliú de esta ciudad, a la pena de arresto por el término de quince (15) días; inhabilitación por el término de siete (7) años para obtener cualquier autorización, habilitación o licencia para organizar, promover, explotar o comerciar sorteos, apuestas o juegos, y cincuenta (50) días de clausura del establecimiento en cuestión, todo ello de efectivo cumplimiento, con costas..." (fs. 7 vta.).

2. En su recurso de inconstitucionalidad (fs. 8/17), la defensa presentó los siguientes agravios: *a)* "violación a la garantía de defensa en juicio, al principio de igualdad de armas y al derecho de un control útil y efectivo de la actividad probatoria. Nulidad del fallo de la Excma. Cámara"; *b)* "nulidad de los fallos de primera instancia y de segunda instancia. Errónea valoración de la prueba. Falta de fundamentación. Violación a los principios de inocencia e *in dubio pro reo*"; *c)* "violación al principio de lesividad. Art. 1º del CC"; y *d)* "sentencia arbitraria" (fs. 9/17).

3. Los jueces de la Sala II de la Cámara declararon la inadmisiblidad del recurso de inconstitucionalidad, básicamente, debido a que consideraron que la defensa sólo había reeditado las argumentaciones desarrolladas en su recurso de apelación, cuestiones que fueron evaluadas y decididas oportunamente, sin que sus planteos ofrecieran puntos de crítica constitucional concretos contra las razones expuestas en su momento (fs. 18/21).

4. El Fiscal General Adjunto, en su dictamen, considera que el recurso de queja intentado debe ser rechazado por no existir un caso constitucional hábil que habilite la instancia de excepción. Ello, por cuanto entendió que todos los agravios esgrimidos son aparentes y la defensora oficial se limitó a reiterar los argumentos expuestos en el recurso de apelación, efectuando una invocación genérica de garantías constitucionales, que sólo reflejan el desacuerdo de esa parte con la resolución recaída y con la única finalidad de intentar forzar un caso constitucional inexistente (fs. 37/39).

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Aunque interpuesto en tiempo oportuno, el recurso de queja no puede tener acogida favorable.

2. En primer lugar, al comienzo del recurso de queja, punto IV, la defensa argumenta como cuestión preliminar que el auto de la Cámara que denegó su recurso de inconstitucionalidad niega el acceso a la jurisdicción e imposibilita la obtención de una sentencia justa, afectando, en consecuencia, la garantía de la defensa en juicio (fs. 25 vta./26).

Al respecto, corresponde señalar que la concreta posibilidad de haber interpuesto esta queja, ejercida por la defensa en el caso, torna insustanciales y contradictorios sus agravios referidos a este punto (en este sentido conf., entre otros, mi voto en "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 5— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Otegui, Emanuel Bruno Antonio s/art. 189 bis C.P. —apelación", expte. nº 4012/05, resolución del 19/10/2005; y "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Oniszczuk, Carlos Alberto s/inf. ley 255 —apelación", expte. nº 4859/06, resolución del 1º/12/2006, voto de la doctora Ruiz, al que adherí).

3. Por lo demás, el escrito no presenta un relato circunstanciado de los hechos y elementos relevantes de la causa, necesario para dotarlo de autosuficiencia. Tal omisión pudo ser eventualmente subsanada mediante el acompañamiento de las copias necesarias, razón por la cual oportunamente se solicitó a la defensa que las aportara (fs. 33). Sin embargo, la diligencia tuvo resultado negativo porque la recurrente no acompañó las piezas requeridas.

4. Así las cosas, según las constancias del expediente y tal como lo afirma el Fiscal General Adjunto en su dictamen (fs. 37/39), corresponde señalar que los argumentos esgrimidos por la defensa traducen planteos relativos a cuestiones de hecho y derecho infraconstitucional ajenos a la competencia del TSJBA, por ser ésta de conocimiento limitado. En efecto, constituye, en principio, un requisito indispensable para la apertura de esta instancia revisora que se encuentre controvertida la interpretación o aplicación de una norma contenida en la CCBA o en la C.N.

(conf. art. 113.3 de la CCBA), debate que no tuvo lugar en las presentes actuaciones, puesto que, si bien se han invocado garantías constitucionales (fs. 26/29 vta.), éstas quedan privadas de relación directa con lo resuelto, en virtud de los argumentos dados por los jueces de mérito, que la defensa no ha logrado rebatir.

5. Efectivamente, el primer agravio alegado por la defensa, la violación a la garantía de defensa en juicio, al principio de igualdad de armas y al derecho de un control útil y efectivo de la actividad probatoria debido a que se condenó a su asistido mediante la incorporación por lectura de la declaración testimonial del señor Castro, fue acabadamente tratado y desestimado por la Cámara en su sentencia (fs. 1/4 vta.), en la que de forma razonada llegó a la conclusión de que "...el testimonio de Castro no resultó 'dirimente' en el juicio de culpabilidad de Oniszczuk, ni el judicante le otorgó tampoco esa virtualidad..." (fs. 4).

El segundo agravio, titulado "Nulidad de los fallos de primera instancia y de segunda instancia. Errónea valoración de la prueba. Falta de fundamentación. Violación a los principios de inocencia e *in dubio pro reo*", consiste en que, a juicio de la defensa, ni la sentencia de primera instancia ni la de segunda instancia han explicado cómo arribaron a la conclusión de que Carlos Alberto Oniszczuk era el organizador de juego ilegal mediante la instalación del local en la intersección de las Av. Elcano y Virrey Olaguer y Felliú de esta ciudad. Al respecto, los jueces de la Sala interviniente analizaron las razones y circunstancias en virtud de las cuales el juez de primera instancia tuvo por probada la imputación subjetiva de la acción a Carlos Alberto Oniszczuk y descartaron la existencia de vicios en el razonamiento del juzgador acerca de su apreciación fáctica y jurídica de los hechos (fs. 6/7), lo que excluye su tratamiento en la vía intentada (art. 27 de la ley 402).

El agravio sustentado en la violación al principio de lesividad también fue acabadamente tratado y desestimado por la Cámara (fs. 4 vta./6). Ésta concluyó que, contrariamente a lo afirmado por la defensa, "...no nos encontramos en autos frente a un juego costumbrista o no regulado, sino ante uno que lo está y de forma monopólica por parte del Estado en interés público (arts. 50 y 80, inc. 19, CCBA). La explotación u organización de un juego en forma privada que compite con el Estado, lesiona, entonces, el interés público y el patrimonio de la administración pública" (fs. 5).

La defensa, como ya ha sido dicho, no logró rebatir en su recurso los argumentos dados por los jueces de la Sala interviniente.

6. En cuanto a la alegada arbitrariedad de sentencia, cabe expresar que la decisión recurrida, más allá de su acierto o error, desarrolla un tratamiento de las cuestiones suscitadas en la causa y de los hechos controvertidos que impiden tildarla de arbitraria por resultar fruto del mero arbitrio de los jueces que actuaron en ella. En este orden de ideas, conforme lo tiene dicho la Corte Suprema para un remedio equiparable, la doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto "...corregir fallos equivocados o que se reputen tales, sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que, deficiencias lógicas de razonamiento o una total ausencia

de fundamento normativo, impiden 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,* 311:786; 312:696; 314:458, entre muchos otros).

7. Por último, no corresponde exigir el depósito previsto en el art. 34 de la ley 402. Ello habida cuenta de que el deber de depositar sobreviene a una presentación decidida por el defensor oficial —situación que se refleja al ser éste el único firmante del recurso (ver fs. 30 vta.)— que el defendido no puede eludir, puesto que la defensa, aunque para tutelarlo, le ha sido impuesta (conf. mis votos *in re* "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Gómez, Elías Martín s/art. 39, CC —apelación'", expte. nº 4085/05; y "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Torancio, Tomás del Valle s/inf. art. 74 CC —apelación'", expte. nº 3973, entre otros), así como también por el hecho de que las causas en donde está en juego una pena privativa de la libertad el depósito se constituye en un obstáculo a la jurisdicción (conf. las razones apuntadas en mi voto en la causa "Ronchetti, Leonardo s/art. 47 CC —apelación— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado", expte. nº 3996/05, sentencia de este Tribunal del 14/9/2005).

Por todo lo expuesto, voto por rechazar el recurso de queja interpuesto.

El juez José O. Casás dijo:

Por los fundamentos expuestos en los puntos 1 a 6 del voto del señor juez de trámite, doctor Luis F. Lozano, a los que adhiero, corresponde rechazar el recurso de queja deducido por la defensa de Carlos Alberto Oniszczuk. En virtud de lo expuesto, estimo que corresponde intimar al cumplimiento de la integración del depósito previsto en el art. 34, LPTSJ, dado que el imputado no se encuentra dentro de los sujetos exentos por la ley de tasa judicial (nº 327), ni ha acreditado haber obtenido o iniciado un beneficio de litigar sin gastos [conf. mis votos en: "Empresa de Transporte Pedro de Mendoza CISA —causa 459-CC/00— s/recurso de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado", expte. nº 724/00, resolución del 14/2/2001 (en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, t. III, pp. 16 y ss.); "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional Nº 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Oniszczuk, Carlos Alberto y Márquez, Sandra Rosana s/ley 255 —apelación", expte. nº 2266, sent. del 16/7/2003 y "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ronchetti, Leonardo s/art. 47 CC —apelación'", expte. nº 3996/05, resolución del 14/9/2005].

Así lo voto.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. La decisión de la Cámara que rechaza el recurso interpuesto está prevista en la ley (ley 402, 28, IV). La Cámara, al decidir, no hace más que cumplir con

su deber de opinar acerca de la procedencia del recurso. Precisamente, el llamado recurso de queja constituye la oportunidad que la ley concede al recurrente para criticar esa decisión y obtener, eventualmente, que el tribunal competente para el recurso decida finalmente sobre su admisibilidad.

Si la ley prevé esa decisión, mal puede la opinión del tribunal que dictó la resolución recurrida constituir un agravio al derecho de acceder a la justicia, única crítica autónoma del recurso en análisis que, por ello, fracasa.

2. Los demás agravios, a más de ser repetición de impugnaciones anteriores, confesadamente se refieren a problemas de valoración de la prueba, actividad para la cual, en principio, es incompetente el TSJBA y no constituye un motivo del recurso.

3. Es discutible que el llamado principio de *lesividad* constituya un contenido constitucional local o nacional, pero es claro que la queja, en el punto correspondiente (fs. 28 vta./29), no proporciona interpretación ni explicación alguna en torno a él, y al caso, que dé pie a una discusión de este tipo mediante el recurso interpuesto. También aquí parece haber, en el fondo, una cuestión de prueba.

4. He dicho ya que la arbitrariedad no constituye un motivo del recurso de inconstitucionalidad. En el uso de los litigantes de esta Ciudad, al menos, la palabra equivale a la usada internacionalmente: agravio.

Este es, precisamente, el sentido con el cual la usa el recurrente, que esconde tras de ella una opinión diferente sobre la valoración de la prueba, que, según él, debió haber conducido a otro resultado. Mi opinión acerca de este motivo bastardo de los recursos extraordinarios puede confrontarse en el punto 3 de mi voto en "Clínica Fleming s/recurso de inconstitucionalidad concedido en 'Clínica Fleming s/art. 72, CC —incidente clausura— apelación'", expte. nº 1215, resolución del 19/12/2001 —y sus citas—, y en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 3565, resolución del 26/5/2005.

5. Propongo, por ello, como el juez de trámite, el rechazo de la queja. Con respecto al deber de integrar la suma que la ley prevé en concepto de depósito (art. 34, ley 402), entiendo que el defensor oficial está exento de esa obligación, conforme a los argumentos que expuse en múltiples decisiones del Tribunal (conf., entre otros, "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional Nº 3— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Abalos, Oscar Adrián s/art. 71 CC —apelación'", expte. nº 1509/02, resolución como juez de trámite del 7/6/2002; "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Feng Chen Chih s/art. 40 CC —apelación'", expte. nº 2212, resolución del 11/6/2003; y, "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ronchetti, Leonardo s/art. 47 CC —apelación'", expte. nº 3996/05, resolución del 14/9/2005).

La jueza Ana María Conde dijo:

En mi concepto, la situación reseñada en el punto 3 del voto del señor juez de trámite, Luis F. Lozano, alcanza para desestimar el recurso de queja interpuesto. En efecto, más allá de que podría compartir los argumentos que mi distinguido colega brinda para concluir que esta queja no expone ninguna controversia constitucional, no puedo pasar por alto que la presentación bajo análisis a simple vista no resultaba autónoma ni autosuficiente y que nuestro Tribunal, por intermedio de uno de sus integrantes, requirió oportunamente a la recurrente que acompañara copia de diferentes piezas fundamentales que permitieran un adecuado conocimiento por parte del Tribunal, o, mejor dicho, un mínimo entendimiento de los hechos relevantes del proceso. No obstante la interesada no presentó la documentación necesaria para dotar de eficacia a esta queja y tampoco expresó los motivos que explicasen aquella omisión. En rigor de verdad, conforme surge de la providencia de fs. 33, debidamente notificada hace más de tres meses —hábiles— en el domicilio constituido de la Defensora (fs. 34), Marcela María Paz, el señor juez de trámite le requirió que acompañara —nada menos que— las "copias del acta de debate, de la sentencia de primera instancia, del recurso de apelación interpuesto, del dictamen fiscal emitido respecto de dicho remedio como así también del correspondiente a su recurso de inconstitucionalidad y de la constancia de notificación de la sentencia de Cámara que rechazó la apelación de la defensa" (lo resaltado no obra en el texto original), piezas que, en definitiva, interesaban para constatar, entre otras cuestiones, el supuesto cumplimiento de los recaudos formales de interposición del recurso de inconstitucionalidad (tiempo y modo), la introducción tempestiva de los agravios pretendidamente constitucionales, la procedencia o improcedencia de dichos agravios —basta con volver a leer el pto. 2 de las resultas de esta sentencia para advertir que los reclamos de la defensa se basan en la supuesta falta de fundamentación o en la equívoca valoración probatoria efectuada en un pronunciamiento que casualmente no acompaña— y su dudosa relación directa e inmediata con lo debatido en las instancias inferiores. Con independencia de que hubiera sido posible solicitar la remisión del expediente a estos estrados, con el objeto de subsanar las deficiencias de la queja, entiendo que el silencio o el desinterés revelado por la defensa impiden adoptar un temperamento distinto al rechazo de esta presentación. Ello así, por cuanto, el juez instructor optó válidamente por una de las alternativas que ofrece la ley que rige los procedimientos ante este Tribunal, es decir, "exigir la presentación de copias" (art. 33, ley 402), y la interesada ni siquiera se ha presentado para explicar convincentemente su imposibilidad o dificultad de obtenerlas.

Verdaderamente me desconcierta tener que aclararle a una integrante del Ministerio Público que, por regla, cuando un juez o un Tribunal le formula un requerimiento concreto y específico al amparo de un precepto (art. 33, ley 402), para que enmiende los vicios de una impugnación deducida a favor del interés particular que representa, evidentemente se impone o espera una contestación. El inexplicable proceder de la Defensora Oficial, Marcela María Paz, no hace más que poner de resalto la poca seriedad o trascendencia de las cuestiones planteadas

en la queja o, por lo menos, la escasa importancia que, a criterio de la recurrente, aquéllas revisten para alterar la suerte del señor Oniszczuk.

En consecuencia, voto por rechazar la queja e intimar la integración del depósito de ley, bajo apercibimiento de ejecución.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. La queja presentada por la defensa del señor Carlos Alberto Oniszczuk (fs. 24/30 vta.) si bien fue interpuesta por escrito, ante este tribunal y dentro del plazo que fija el art. 33, ley 402, debe ser rechazada.

2. La defensa no ha logrado exponer de forma concreta, clara y ordenada la crítica a los motivos por los que la Sala I de la Cámara consideró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad intentado (conf. TSJBA *in re* "Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 *bis* —causa 665-CC/2000— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 865, resolución del 9/4/2001, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. III, pp. 92 y s.).

Así como fue obligatorio para los jueces de la Cámara fundar la resolución por la cual declararon inadmisible el recurso de inconstitucionalidad intentado, también es obligatorio para quien pretende traer en queja sus agravios a este Tribunal explicar por qué fue incorrecta aquella decisión.

3. En primer lugar, y en forma genérica, la defensa refiere en su presentación directa ante este Tribunal que la decisión de la Cámara que declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad interpuesto "impide el acceso al tratamiento de cuestiones, debidamente interpuestas, relativas al *debido proceso*, *defensa en juicio*, *principio de inocencia*, *principio de legalidad y arbitrariedad de sentencia*. Niega con ello, el acceso a la jurisdicción, e imposibilita la obtención de una sentencia justa" (fs. 25 vta.).

Al respecto corresponde indicar que la exposición de la defensa no excede la mera enunciación de derechos y garantías supuestamente vulneradas por aquella denegatoria, ni logra, por tanto, concretar una crítica adecuada del pronunciamiento atacado. Por lo demás, es justamente el remedio intentado —la presentación de la queja en estudio— lo que le otorga la posibilidad de revisión que reclama, con lo que el supuesto agravio resultaría de cualquier modo ahora inexistente (conf. lo resuelto *in re* "Ministerio Público —Defensoría Oficial Contravencional y de Faltas Nº 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Oniszczuk, Carlos Alberto s/ley 255 (J. B. Alberdi 2461) —apelación'", expte. nº 3285/04, resol. del 28/2/2005).

4. En segundo lugar la defensa se queja por entender que respecto del agravio referido a la violación del principio de igualdad de armas y del derecho a un control útil y efectivo de la actividad probatoria, "sí aportó [en el recurso de inconstitucionalidad] nuevos argumentos con sustento tanto jurisprudencial como doctrinal"(fs. 26)". No obstante ello, la defensa ni siquiera indica en su recurso directo cuáles

serían dichas argumentaciones introducidas en el recurso de inconstitucionalidad y que fueran soslayadas por la Cámara al rechazarlo.

5. Respecto del rechazo de los agravios vinculados a la nulidad de los fallos de primera y segunda instancia por errónea valoración de la prueba y falta de fundamentación (fs. 27), y a la afectación del principio de lesividad (fs. 28 vta.), la queja incurre en la misma falencia argumentativa ya señalada en el punto precedente. Así la defensa se limitó a transcribir el contenido de la resolución de Cámara que denegó su recurso de inconstitucionalidad y a reiterar —exiguamente— lo expuesto en aquella presentación, sin dar argumentos para contradecir las afirmaciones que llevaron a la Alzada a denegar aquella presentación. La mera negación de las aserciones de la Cámara —"lejos de obviar atrevidamente los fundamentos dados por los señores jueces de Cámara, expuse razonadamente por que desconocía de donde derivaba la responsabilidad de mi defendido en orden a la imputación que se efectuara, siendo que se aclaró el uso coloquial de lo que se conoce por 'portación de apellido'" (fs. 27); "esta defensa entiende que se le imputaron al señor Oniszciuk hechos por los cuales no se había demostrado lesividad alguna" (fs. 28 vta.)—, no constituye una refutación adecuada. No se menciona, por dar un ejemplo, la razón por la cual su planteo relativo a la supuesta orfandad probatoria excede una cuestión de valoración de hecho y prueba, excluida por regla del limitado marco de revisión del recurso que intenta.

6. Por último, igual suerte correrá la queja en lo que respecta a la supuesta arbitrariedad de la sentencia. Ello así porque el recurrente repite aquí consideraciones genéricas que no constituyen un agravio autónomo. En estas condiciones la calificación de sentencia arbitraria no alcanza para sustituir la ausencia de una argumentación adecuada que sostenga el recurso interpuesto.

Por lo demás, según lo ha dicho la CSJN en reiteradas ocasiones, la tacha de arbitrariedad debe ser apreciada estricta y restrictivamente, como excepción, pues "(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), supuestos que no han sido acreditados en el caso (conf. lo resuelto, entre otros, en "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional Nº 7— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado" en "Matto Benítez, Pascual s/ley 255 —apelación", expte. nº 2166/03, resolución del 14/5/2003).

7. Dado que ya me he manifestado a favor de la exención del pago del depósito cuando el recurso procede de la defensa oficial, a tal respecto remito a mi opinión en "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Feng Chen Chih

s/art. 40 CC —apelación'", expte. nº 2212, resol. del 11/6/2003; "Ministerio Público —Defensoría Oficial Nº 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Caro, Maximiliano Daniel s/arts. 61 y 63 CC, apelación'", expte. nº 2197, resol. del 10/9/2003; "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional Nº 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Echagüe, Damián s/violar luz rojas y otra'", expte. nº 2279, resol. del 30/9/2003; y "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 8— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Prescava, David Daniel s/art. 186 bis C.P.'", expte. nº 3562/04, resol. del 25/2/2005.

8. Por todo lo expuesto, voto por rechazar la queja de fs. 24/30 vta.

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja agregado a fs. 24/30.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita esta queja a la Sala II de la Cámara CyF.

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

XX

"ASOCIACIÓN CIVIL POR LA IGUALDAD Y LA JUSTICIA C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD. AMPARO: Requisitos. Interpretación del art. 14 de la CCBA. Omisión del GCBA. Ilegitimidad manifiesta. Derecho de defensa en juicio. Campaña de concientización de higiene urbana. Discriminación arbitraria. Principio de igualdad. Cuestiones de oportunidad, mérito o conveniencia.

SUMARIOS:

1. El recurrente debe acreditar que la admisibilidad del amparo redundó en una restricción de sus derechos, de modo tal que la sentencia de fondo resolvió como lo hizo influida por las limitaciones procesales del amparo, porque sólo así, demostrará que su recurso de inconstitucionalidad ataca la sentencia definitiva que suscita la competencia del Tribunal, conforme lo exige el art. 27 de la ley 402. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

2. El agravio sobre la idoneidad de la vía del amparo solo podría, en principio, habilitar el recurso de inconstitucionalidad en el supuesto de que al menos el recurrente alegara que la tramitación de la causa en los términos del art. 14 de la CCBA cercenó su intervención útil en el proceso y/o frustró sus posibilidades de éxito porque el amparo le impidió ejercer su derecho de defensa en juicio adecuadamente. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

3. El carácter manifiesto de la ilegalidad o arbitrariedad de la conducta estatal lesiva, es el que permite justificar las limitaciones al ejercicio del derecho de defensa del órgano estatal demandado, impuestas por las reglas del amparo. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

4. Permitir la aplicación de las reglas del amparo en controversias donde no concurren las condiciones necesarias para la procedencia de este carril procesal, implica un menoscabo a la defensa posible del demandado, derecho garantizado constitucionalmente (art. 13, inc. 3º, CCBA y art. 18, C.N.). *(Voto en disidencia del señor juez Julio B. J. Maier).*

5. Cabe hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad pues las supuestas omisiones atribuidas al Gobierno no han producido, con la actualidad e inminencia requeridas por el art. 14, CCBA, un agravio "concreto, cierto, directo, personal y determinado" que sustente la promoción de una demanda de amparo constitucional; ni la actora ha acreditado u ofrecido acreditar, en la instancia procesal oportuna, cómo y por qué los amparistas estiman concretamente afectados derechos de incidencia colectiva, circunstancia que compromete, *prima facie*, el adecuado ejercicio del derecho de defensa en juicio de la demandada. *(Voto en disidencia del señor juez Julio B. J. Maier).*

6. No resulta procedente la vía del amparo del art. 14, CCBA, pues ninguna norma del ordenamiento jurídico vigente en la Ciudad establece en forma expresa o razonablemente implícita en cabeza del Estado una obligación jurídicamente exigible para la realización de campañas de concientización para la utilización de cestos de basura en cada uno de los barrios de la Ciudad, campaña que debe decidirse a partir del ejercicio de funciones discrecionales controlables judicialmente pero sobre la base de criterios de oportunidad, mérito y conveniencia propios de la Administración que no corresponde a los jueces valorar. *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás).*

7. Corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad dado que la parte actora no ha acreditado una ilegalidad manifiesta generada por la omisión temporal que se atribuye al GCBA, ni un perjuicio a un derecho tutelado por el ordenamiento jurídico causado por ese comportamiento omisivo que se enrostra al Estado, descartada la violación a la igualdad con el alcance en que se encuentra tutelada en la Constitución nacional y en la local. *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás).*

8. El respeto a la garantía de igualdad no se resuelve a través de una estricta formulación matemática, de modo que la demarcación o utilización de zonas de la Ciudad para determinar la realización de una campaña de concientización para el uso de cestos de residuos, cuando no se ha demostrado estar frente a un supuesto de irrita persecución o indebido privilegio, no importa por sí sola una discrimina-

ción arbitraria o manifiestamente ilegal. *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás).*

Expte. nº 5435/07 - 20/2/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (en adelante, ACIJ) dedujo acción de amparo contra el GCBA (en adelante, GCBA) fundada en la exclusión de los vecinos de la zona sur de la Ciudad —quienes residen en la "Zona V" del servicio de higiene urbana— de la campaña "Cestos papeleros, son tuyos, usalos; son de todos, cuidalos", que realizó el GCBA en el resto del territorio de la Ciudad. La demanda cuestionó la actuación del GCBA en dos aspectos: a) la falta de colocación de cestos de residuos, y b) la falta de realización de la campaña de concientización.

ACIJ justificó su legitimación en la naturaleza de la acción (amparo colectivo antidiscriminatorio y en tutela de consumidores y usuarios) en los términos del art. 43 de la C.N., art. 14, CCBA y art. 1º de la ley 23.592.

En cuanto al fondo, la actora sostuvo que la omisión discriminó en forma manifiestamente arbitraria e injusta a los usuarios de la zona sur de la Ciudad que fue, desde una perspectiva histórica, la de mayor postergación y la de peor condición social y económica en Buenos Aires. Explicó que la higiene urbana fue declarada servicio público por la ley 992 y por el art. 2º de la ley 210; que la Ciudad organizó la prestación del servicio mediante su división en seis zonas, cinco de las cuales fueron concesionadas a empresas privadas y la restante (zona V) es atendida por un ente estatal, el Ente de Higiene Urbana; zona ésta en la que no fue incorporada a la campaña. Por ello consideró que se ha vulnerado el principio de igualdad ante la ley, el de uniformidad de los servicios públicos y el derecho de los usuarios a un trato equitativo. Citó estadísticas e indicadores socioeconómicos, legislación internacional, nacional y local, doctrina y jurisprudencia en apoyo de su pretensión.

ACIJ requirió que se condene al GCBA a "cesar en la práctica de exclusión de los vecinos (...) residentes en la zona identificada como 'ZONA V' (...) de la campaña 'cestos papeleros, son tuyos usalos, son de todos, cuidalos'" y a "recomponer los efectos discriminatorios de su práctica", mediante la inclusión pública de la zona sur en la campaña de cestos de residuos en todos sus aspectos (colocación de cestos, campañas de concientización, eventos itinerantes, etc.) en condiciones de uniformidad con el resto de la Ciudad (fs. 1/32).

2. El GCBA contestó el informe del art. 8º, LA (fs. 132/137 vta.). ACIJ se expidió respecto de dicho informe (fs. 139/144 vta.). La jueza interviniente requirió

nueva información al GCBA que fue contestada mediante las presentaciones de fs. 168/174 y 176 y vta. ACIJ se manifestó en relación con ellos a fs. 183/187.

3. La sentencia de primera instancia hizo lugar a la acción de amparo y dispuso: "*II)* Ordenar que en el perentorio plazo de 30 días el GCBA de Buenos Aires coloque los cestos ya adquiridos y los que se encuentren en proceso de adquisición directa, debiendo en el mismo plazo justificar en base a parámetros objetivos cuantos cestos son necesarios colocar en total en la Zona V de la Ciudad de Buenos Aires. Para ello deberá tener en cuenta los mismos parámetros que se tuvieron en consideración en las restantes cinco zonas de la Ciudad, acreditando que los habitantes de la Zona V accederán a igual servicio que dichas zonas, con expresa comparación cualitativa, cuantitativa y de calidad de prestación entre la brindada —en lo que hace la colocación de cestos papeleros— entre las mencionadas y la Zona V de la Ciudad. *III)* En el mismo plazo y al mismo tiempo en que se desarrolla el cumplimiento de la colocación ordenada deberá acreditar el desarrollo de una campaña de concientización en igualdad de condiciones para los habitantes de la Zona V de la Ciudad de Buenos Aires que la desarrollada en las otras zona de la Ciudad...". También reguló los honorarios del letrado de la parte actora (fs. 188/193 vta.).

En los fundamentos de la sentencia la jueza consideró acreditado que por la conducta omisiva del GCBA los habitantes de la Zona V han sufrido una discriminación arbitraria e inconstitucional que viola el principio de igualdad ante la ley (art. 16, C.N. y 11, CCBA) y el desarrollo humano y económico equilibrado que evite y compense las desigualdades zonales dentro del territorio de la Ciudad (art. 18, CCBA).

La parte actora dedujo aclaratoria (fs. 196/197 vta.), que fue decidida en los siguientes términos: "Luego del proceso de evaluación que el GCBA debe hacer y acreditar en autos sobre la cantidad de cestos a colocar —tanto los cestos adquiridos como los que están en vías de adquisición— el Juzgado en la etapa de ejecución de sentencia controlará que no se verifique alguna desigualdad entre la Zona V y las restantes zonas de la Ciudad de Buenos Aires" (fs. 219).

4. El GCBA apeló la sentencia (fs. 198/207 vta., ampliados a fs. 237/239). La actora contestó el traslado (fs. 220/235 y ampliación de fs. 246/250 vta.).

El GCBA expresó los siguientes agravios: *a)* la sentencia desconoció el carácter abstracto de la cuestión y falló en contra de las circunstancias de hecho y de derecho vigentes al momento de la sentencia, que habían privado de virtualidad a la pretensión al no presentarse ya un acto u omisión actual que debiera hacerse cesar por la intervención judicial; *b)* la jueza decidió la causa como una acción declarativa de certeza "desvirtuando los principios rectores del cauce amparista, con grave afectación del derecho de defensa en juicio"; *c)* no se probó que existieran conductas omisivas o un trato discriminatorio; *d)* la decisión afecta actividades esenciales del GCBA en materia de prestación de servicios públicos de higiene urbana (art. 2º, inc. c], ley 16.986); *e)* se afecta el principio de legalidad presupuestaria y se viola el principio republicano de división de poderes; *f)* el plazo de cumplimiento

es arbitrario. También se agravió por la regulación de honorarios del letrado de la parte actora, solicitando se los reduzca al mínimo legal.

5. La Sala II de la Cámara de Apelaciones dispuso en su sentencia "*1.* Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación deducido por la demandada y, en consecuencia, revocar el punto II de la sentencia de fs. 188/93 vta. *2.* Ordenar al Gobierno de la Ciudad a que, en el plazo de treinta (30) días presente la planificación de una campaña de concientización en igualdad de condiciones para los habitantes de la Zona V de la Ciudad que la desarrollada en las otras zonas en que se encuentra dividida la prestación del servicio de higiene urbana, en los términos del considerando 11 *in fine*, y a su posterior realización...".

6. El GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 280/299), en el que alegó que la sentencia del *a quo: i)* se funda en un elemento de prueba agregado de oficio respecto del que no se corrió traslado a las partes, *ii)* viola el principio de división de poderes —este acápite contiene diversos planteos: por un lado, alega que el poder judicial no tiene facultades para impartir a la administración una orden de las características de la de autos, dada la limitación que impone el concepto de caso o causa; por otro lado sostiene que en autos no concurrían los presupuestos de procedencia del amparo por omisión, circunstancia que, principalmente, funda en el hecho de que el deber cuyo cumplimiento se le ordena no estaría legalmente previsto—, y *iii)* interpretó equivocadamente los arts. 10 y 11 de la CCBA —lo que, básicamente, se traduce en un alegato según el cual la actora no habría acreditado que la zona V, desprovista de la campaña de concientización, no tenía diferencias que ameritaran el trato desigual—. Previa contestación por la actora (fs. 303/321), el recurso de inconstitucionalidad fue concedido parcialmente por la Sala II que dispuso "*1)* Declarar parcialmente admisible el recurso de inconstitucionalidad interpuesto en cuanto a la interpretación y aplicación del art. 14 de la CCBA, rechazándolo en relación a los restantes agravios. *2)* Con costas en el orden causado..." (fs. 323/324 vta.).

En su dictamen, el Fiscal General Adjunto propicia que el Tribunal declare mal concedido el recurso (fs. 332/334 vta.) ya que "el recurrente no logra demostrar, ante esta instancia, de qué modo el tramite de la cuestión —mediante el procedimiento de amparo— redundó en una privación o limitación de su derecho de defensa o que tuviera incidencia o haya repercutido, de forma adversa, en el contenido del fallo emitido" (fs. 333 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad del GCBA fue concedido sólo en relación con la interpretación del art. 14, CCBA y denegado en cuanto a las demás cuestiones planteadas en el recurso. La inadmisibilidad parcial se encuentra firme ya que el GCBA no planteó ante el Tribunal la queja que la ley prevé (art. 33, ley 402) frente a la denegatoria —total o parcial— del recurso por el tribunal *a quo*.

En consecuencia, quedan fuera de la consideración del Tribunal los agravios que expresara a fs. 288/299 en relación a la nulidad absoluta de la sentencia por fundarse en una prueba inexistente y no ofrecida por las partes; a la incompetencia del Poder Judicial para determinar la realización de campañas de concientización y la consecuente violación del principio de división de poderes; y a la interpretación inconstitucional de los arts. 10 y 11 de la CCBA por resultar contraria a otras disposiciones de la Constitución.

Así las cosas, sin perder de vista que la sentencia de Cámara recortó la pretensión original del amparista al revocar el punto II de la sentencia de primera instancia, y que quien interpuso recurso de inconstitucionalidad fue el GCBA; pero teniendo en cuenta, también, que los agravios del apelante se dirigen de modo principal a cuestionar la procedencia formal del amparo, en tanto —afirma— restringió su derecho de defensa y permitió el dictado de una sentencia de condena sin que concurrieran los presupuestos constitucionales para la viabilidad del amparo, conviene abordar el punto desde una perspectiva amplia por el modo en que el tema se proyecta sobre los derechos en disputa.

2. En mi voto en la causa "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Parcansky, Manuel Jorge c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 4970/06, sent. del 5/6/2007, expuse, con cierto detenimiento, las pautas de interpretación del art. 14 de la CCBA que considero deben ser atendidas para una recta hermenéutica del amparo constitucional, y repetiré ahora en lo pertinente:

> *1.* (...) Los requisitos del amparo están en la Constitución y consisten en: *i)* que el acto (u omisión) contra el cual va dirigido sea manifiestamente ilegítimo o arbitrario y, *ii)* que no exista otro medio judicial más idóneo para obtener la tutela de *iii)* un derecho reconocido '…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'. Aunque determinar su admisibilidad como vía de acceso a la justicia es una cuestión de índole procesal, la intervención de este Tribunal procede cuando las consecuencias de preterir las vías ordinarias se proyectan en la sentencia definitiva, es decir, en la decisión final de la controversia (conf. mi voto *in re* 'GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Akrich, Gustavo Raúl c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)', expte. nº 4782/06, sent. del 29/11/2006). (...)
>
> 3. Así las cosas, sin perder de vista que la sentencia de Cámara recortó la pretensión original del amparista al revocar el punto 2 de la sentencia de primera instancia, y que el único que interpuso recurso de inconstitucionalidad fue el GCBA, pero teniendo en cuenta, también, que los agravios del apelante se dirigen de modo principal a cuestionar la procedencia formal del amparo, en tanto restringió su derecho de defensa y permitió el dictado de una sentencia de condena, conviene

abordar el punto desde una perspectiva amplia por el modo en que el tema se proyecta sobre los derechos en disputa (v. gr. derecho de defensa y acceso a la tutela judicial mediante el proceso de amparo).

3.1. En su primera etapa, el amparo procedía frente a la manifiesta ilegitimidad o arbitrariedad de actos u omisiones que lesionaran derechos cuyo restablecimiento no requiriera mayor debate y prueba, y en tanto no existiera otro medio judicial para tutelar el derecho afectado. Para establecer esto último, se estimaba indispensable determinar si los caminos procesales alternativos podían remediar la lesión o, dicho de otro modo, cuál era el efecto de la prolongación del proceso sobre el derecho lesionado. Sólo si el remedio se revelaba, por tardío, como insuficiente o, lisa y llanamente, ineficaz, la vía ordinaria era preterida en favor del amparo. Bajo esta óptica los derechos patrimoniales eran, con excepción de aquellos de naturaleza alimentaria, susceptibles de tutela adecuada por medio de los procesos ordinarios pues los intereses u otros accesorios compensaban el referido efecto. Actualmente, el amparo regulado en el art. 14, CCBA, no opera como cauce residual y para que prevalezca basta con que no sea menos idóneo que otros remedios[2] conforme los presupuestos reseñados en el punto 1 de este voto.

3.2. No ha quedado eliminada, sin embargo, la relevancia del efecto de la prolongación del proceso sobre el derecho lesionado para optar entre amparo y vía ordinaria. El art. 14 comentado se inscribe en una Constitución que garantiza el derecho de defensa en juicio, y faculta al poder legislativo, que ejercen los representantes del pueblo, a organizar los procedimientos a fin de poner en acto esa garantía. Al introducir el amparo a un nivel supralegislativo vino a respaldar una interpretación que la CSJN había hecho de la Constitución Nacional, texto anterior a 1994, con arreglo a la cual en situaciones límite en las que los procedimientos ordinarios, aun contemplando medidas cautelares, no suministraban una tutela efectiva de las garantías constitucionales, la función judicial podía ser ejercida excediendo las formas procesales en bien de la sustancia de los derechos.

[2] Así lo refleja la intervención del convencional constituyente doctor E. Raúl Zaffaroni, que ante la propuesta de que se suprima el término "más" del tercer reglón del art. 14 de la CCBA sostuvo lo siguiente: "Considero que el primer párrafo del texto que propone la Comisión tiene una redacción casi inobjetable. Creo que hay que oponerse contundentemente a la supresión de la palabra 'más'. Coincido plenamente con lo manifestado por el señor convencional Vivo, aunque no con su argumento; no porque el amparo sea algo excepcional, sino porque si suprimimos la palabra 'más' destruimos el amparo." (conf. *Convención Constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de 1996 — Actas,* t. 1, pp. 753/754).

En tanto son todas cláusulas (arts. 14 y 81, inc. 2º, CCBA) de igual jerarquía normativa, debe el juez ponerlas en juego armónico cuando entran inevitablemente en tensión. En ese contexto, la evolución del daño en función del tiempo es un dato esencial a la hora de decidir si se justifica restringir el debate; al igual que lo es el carácter manifiesto de la ilegitimidad o la arbitrariedad del acto u omisión impugnados para apreciar si la restricción impacta de modo sensible en el ejercicio concreto de la defensa del demandado. La irreversibilidad del daño, sometido el litigio a las vías ordinarias, incluidas las medidas cautelares que ellas proveen, justifica imponer mayor premura al demandado en el ejercicio de su defensa, y disminuir la severidad con la que se juzgará el carácter manifiesto de la ilegitimidad o la arbitrariedad del acto u omisión cuestionados.

No se desprende de ello que la circunstancia de que el daño sea atendible efectivamente por ambas vías constituya motivo para desechar el amparo. Procede éste igualmente, aunque el derecho pueda recibir tutela por vías ordinarias, cuando la evidencia de la ilegitimidad o arbitrariedad torna inconducente cualquier desarrollo procesal mayor que el del amparo. En ese caso, no existe vía más idónea que la del amparo. Que la tutela sólo pueda ser satisfactoriamente obtenida por el procedimiento más expeditivo no es condición necesaria sino coadyuvante, y suficiente si la cuestión tolera el limitado debate para elegirlo.

3.3. Aun cuando su formulación lingüística parece indicar lo contrario, el carácter manifiesto de una ilegitimidad o la intuición de una argumentación como arbitraria son susceptibles de alguna graduación. Las certezas no suelen ser absolutas ni inmediatas. El teorema que pareció evidente a Pierre de Fermat, matemático y abogado que manifestó que no asentaba su demostración por carecer de espacio en el papel en que estaba exponiéndolo, fue formalmente comprobado más de tres siglos después, aunque tenido por verdadero, casi diríamos evidente, durante ese lapso. Al igual que otras conclusiones, las jurídicas suelen parecer evidentes verdades a unos, errores a otros e interrogantes a los miembros de un tercer grupo. A su vez, para llegar a la convicción de que una verdad es evidente solemos tener que recorrer o despejar algún camino. Tanto la complejidad de ese camino como la proporción de opiniones coincidentes tienen relevancia en el mundo del derecho; y tanto una como otra son susceptibles de graduación. Si ponderando estas variables llegamos a la conclusión de que cualquier *plus* de desarrollo procesal será infructuoso, el amparo prevalecerá, pues la vía ordinaria no aportaría nada útil. Prevalecerá también, aún a costa de contraer a lo indispensable el debate, siempre que el tiempo que insumen aquellos procesos ordinarios tenga entidad para menoscabar el derecho en vilo a un punto tal que su reconocimiento en la vía ordinaria resultaría inútil;

incluso si ello implica ser menos exigente para juzgar la manifiesta ilegitimidad o arbitrariedad requerida como presupuesto del amparo. A su vez, los procesos ordinarios serán más idóneos que el amparo cuando el impacto temporal de aquellos en el derecho requerido de tutela, aun cuando exista, no sea visto como suficientemente relevante en relación con la ventaja de un debate y decisión más distendidos. Si quisiéramos medir la idoneidad de los procesos a la exclusiva luz de su velocidad, el amparo absorbería todas las controversias. Los extremos en tensión, integridad del derecho reclamado y desarrollo de la defensa, están relacionados de modo inversamente proporcional, escenario en el que el art. 14 de la CCBA encomienda al juez equilibrarlos al momento de definir la viabilidad formal del amparo como cauce procesal idóneo. No resulta indiferente, entonces, la característica del derecho supuestamente conculcado (v. gr. sustituible o no en términos pecuniarios) ni la fuente jurídica que brindaría sustento a ese derecho.

3.4. Estas consideraciones hacen a la elección de la vía del amparo en la instancia de mérito y están, a su vez, estrictamente relacionadas con las cargas que pesan sobre la parte recurrente, en el marco del recurso de inconstitucionalidad. Como dije antes, no basta aducir o aun acreditar que el juez de mérito admitió erradamente la vía del amparo. El recurrente deberá mostrar que esa admisión redundó en una restricción de sus derechos, de modo tal que la sentencia de fondo resolvió como lo hizo influida por las limitaciones procesales del amparo, porque sólo así, demostrará que su recurso ataca la sentencia definitiva que suscita la competencia del Tribunal, conforme lo exige el art. 27 de la ley 402. Y no basta a este fin la invocación, la demostración o aun la evidencia de cualquier incomodidad a la que quede sometida la defensa o la de algún esfuerzo que exija el establecimiento de la ilegitimidad o arbitrariedad, si no se la relaciona adecuadamente con el impacto de la duración del proceso en el derecho a cuya tutela sirve".

3. De acuerdo con el alcance acotado con el que fue concedido el recurso, no se advierte que la Procuración haya demostrado que la tramitación del juicio por dicha vía afectara el derecho de defensa de su parte. En este sentido, la lectura del proceso da cuenta de la posibilidad con que contaron ambas partes para exponer sus posiciones originarias —que fueron tratadas en todos los casos con el alcance propuesto por las partes— y sin que, a lo largo de todo el procedimiento, se le hubiera denegado al GCBA medida de prueba alguna relativa al incumplimiento por el que lo condenó el *a quo*. Así, el recurso no muestra de qué modo el trámite de la cuestión mediante el procedimiento de amparo ha redundado en una privación o limitación del desarrollo de sus defensas o que tuvieran incidencia o hayan repercutido de forma adversa en el contenido del fallo emitido, por lo que la discrepancia no tendría, en esta etapa del análisis, más efecto que determinar

la elección de una vía procesal para ordenar el debate. Mientras ésta sea la única consecuencia invocada, esto es, mientras no se busque demostrar que la sentencia que dirime definitivamente el pleito ha quedado afectada decisivamente por el procedimiento adoptado, el planteo no tiene por objeto la sentencia definitiva más que en apariencia, lo que resulta fácil de advertir tan pronto se concibe la posibilidad de desarrollarlo y resolverlo en una oportunidad cercana a la traba de la litis[3] —conf. mi voto *in re* "Akrich, Gustavo Raúl c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)", expte. nº 4782/06, sent. del 29/11/2006.

4. El amparo de autos se inició para cuestionar la no inclusión de los vecinos de la Zona V en la campaña vinculada con la higiene urbana que el GCBA decidió llevar adelante, en dos aspectos: *a)* la colocación de cestos de residuos y *b)* la incorporación en la campaña de concientización o educación.

El planteo del GCBA respecto del carácter abstracto de la pretensión al momento de dictar sentencia —o, dicho en términos constitucionales, su defensa centrada en la inexistencia de una omisión arbitraria actual que afecte los derechos invocados en la demanda—, se fundó en que durante el transcurso del proceso su parte dotó a la Zona V de los respectivos cestos papeleros; es decir, el argumento se vinculó sólo con un aspecto de la demanda, pero nada dijo respecto del segundo (la campaña de difusión). El fallo de la Sala tomó debidamente en cuenta lo expresado y lo silenciado en el argumento de la Procuración (ver punto 11, segundo párrafo de los fundamentos, fs. 276 vta.) y, consecuentemente, dejó sin efecto la condena a colocar los cestos y confirmó la obligación de llevar adelante el programa formativo. No se advierte, entonces, lesión alguna a la exigencia de "actualidad" en la lesión establecida en el art. 14 de la CCBA.

5. El restante núcleo de agravios contra la sentencia se centra en negar la existencia de un deber de realizar la campaña ("no hay un deber legal o normativo que imponga en el sub lite la obligación ineludible de realizar dicha campaña publicitaria", fs. 294, último párrafo), es decir, en la falta de concurrencia de otro requisito constitucional del amparo: el carácter ilegal o arbitrario de la omisión en efectuar la campaña.

Sin embargo, el agravio no se hace cargo de refutar los fundamentos expresados en el punto 8.4. de la sentencia recurrida, en el que señalan las bases legales del deber de actuar impuesto en la sentencia (leyes 1687 y 2057). La pretensión de la Procuración de debatir ante este estrado el alcance de los deberes impuestos en esas normas (y otras que menciona a fs. 288 vta.) no resulta admisible pues trata

[3] Conf. doctrina de *Fallos,* 95:133; y 134; 99:158; 104:284; 105:183; 115:11; 177:99, y consid. 3.2. de mi voto *in re* expte. nº 4603/05 "Lemes, Mauro Ismael s/inf. art. 189 bis C.P. —apelación— s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. nº 4602/05 "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Lemes, Mauro Ismael s/infracción art. 189 bis C.P. —apelación'", resolución de fecha 19/7/2006.

sobre la interpretación de reglas infraconstitucionales, cuestión ajena al contenido del recurso de inconstitucionalidad.

En verdad, resulta difícil de comprender cómo justificar la inexistencia del deber de efectuar una campaña que el propio Gobierno dispuso llevar adelante en cinco de las seis zonas en que se divide la Ciudad a los fines del servicio público de higiene urbana.

Por las razones expuestas, de conformidad con lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal Adjunto, voto por declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad planteado por el GCBA a fs. 280/299, con costas.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad que interpusiera el GCBA fue parcialmente admitido por la Sala II de la Cámara CAyT que habilitó la instancia de revisión extraordinaria local (art. 27 de la ley 402) únicamente en cuanto a la interpretación y aplicación del art. 14 de la CCBA, con fundamento en la consideraciones que expusiera la mayoría del Tribunal en los autos "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Akrich, Gustavo Raúl c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 4782/06, resolución del 29/11/2006 (fs. 323/324 vta.).

La improcedencia parcial del recurso fue consentida por el GCBA quien, de ese modo, dejó firme la sentencia de fs. 270/277 vta. en relación con los agravios denegados.

En condiciones como las señaladas, el agravio sobre la idoneidad de la vía solo podría, en principio, habilitar el recurso de inconstitucionalidad en el supuesto de que al menos el recurrente alegara que la tramitación de la causa en los términos del art. 14 de la CCBA cercenó su intervención útil en el proceso y/o frustró sus posibilidades de éxito porque el amparo le impidió defenderse adecuadamente. En otros términos, que invocara la eventual afectación de su derecho de defensa. De lo contrario, abordar el agravio sobre la procedencia de la vía cuando el recurrente consintió la solución de fondo, implicaría asumir, oblicuamente, un debate para el cual el Tribunal carece de competencia.

En la presentación de fs. 280/299, la demandada sostiene, entre otras generalidades que expresa en su escrito, que "[e]n la especie, existe un caso constitucional por cuanto se encuentra en discusión la inteligencia que debe darse a la norma contenida en el art. *14 de la CCBA y art. 43 de la C.N."* (fs. 288 vta., el destacado es del original) pero no atribuye al cauce del amparo afectación alguna a su derecho de defensa de modo que permita al Tribunal expedirse, de acuerdo a las pautas que fueron señaladas.

La estrategia recursiva del demandado (que se apoya exclusivamente en objetar la vía intentada) pone de manifiesto una hermenéutica del art. 14 de la CCBA que desplaza el carácter más significativo del instituto del amparo (el de dar garantía a las personas respecto de la tutela de sus derechos fundamentales) y lo orienta, en cambio, a frustrar la procedencia de un reclamo dirigido al Estado local luego de que la Sala II reconociera una ilegitimidad en su conducta que ha quedado firme.

2. Con apoyo en las consideraciones que anteceden, voto por declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad interpuesto, a fs. 280/299, por el GCBA, con costas.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA fue concedido por la Sala II de la Cámara sólo en cuanto cuestiona la interpretación y aplicación del art. 14, CCBA al proceso, mas debo adelantar que los fundamentos que sostienen el recurso son sólo aparentes ya que no se relacionan con una cuestión de naturaleza constitucional que deba ser dilucidada en esta instancia para poner fin al litigio.

2. En el voto que emití, conjuntamente con el doctor Casás, en la causa "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Akrich, Gustavo Raúl c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 4782/06, sent. del 29/11/2006) expuse mi criterio en cuanto a la interpretación del art. 14, CCBA. Señalé en la citada causa: "...El carácter manifiesto de la ilegalidad o arbitrariedad de la conducta estatal lesiva, es el que permite justificar las limitaciones al ejercicio del derecho de defensa del órgano estatal demandado, impuestas por las reglas del amparo. Por ello, la arbitrariedad o ilegitimidad del acto u omisión no resultan suficientes; antes bien, la Constitución exige que aquéllas emerjan en forma 'manifiesta', esto es, que surjan con evidencia del acto mismo. Si este recaudo no está presente, cualquiera que sea la fundabilidad, corrección o justicia de la pretensión, ella deberá tramitar por las vías ordinarias. No debe olvidarse que todo el sistema de acciones procesales —y no sólo la acción de amparo—, se dirige a efectivizar el derecho a acceder a la justicia y a garantizar la protección judicial efectiva de los derechos e intereses constitucionales, legales o reglamentarios que puedan asistir a las personas. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido de manera reiterada que: 'El amparo es un proceso excepcional, utilizable en las delicadas y extremas situaciones en las que por carencia de otras vías aptas, peligra la salvaguarda de derechos fundamentales, y exige para su apertura circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas que ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios, originan un daño concreto y grave, sólo eventualmente reparable por esta vía urgente y expeditiva' *(Fallos,* 310, 576; 311:612, 1974 y 2319; 317:1128; 323:1825 y 2097; 325:396 y 328:1708, entre otros) *(...)* La constatación de la concurrencia de los presupuestos constitucionales del amparo, para admitirlo o para rechazarlo, exige de los jueces un juicio equilibrado que tenga en cuenta, principalmente, si la tramitación de la demanda mediante otro tipo de proceso (con las medidas cautelares que en ellos puedan requerirse) puede llevar a frustrar (y no meramente demorar) la tutela judicial del derecho o interés sobre la base del cual se acciona. En tal sentido es aplicable la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que afirma que el perjuicio que pueda ocasionar la dilación de los procedimientos ordinarios no implica una situación diferente a la habitual de toda persona que peticiona en ellos el reconocimiento de sus derechos *(Fallos*, 297:93; 303:422; 310:340, entre otros). Conviene tener en cuenta que la

decisión de tramitar y resolver un proceso por la vía del amparo tiene como consecuencia necesaria la postergación en la consideración y decisión de otros asuntos sometidos al conocimiento de los magistrados; es decir: la lista de asuntos a resolver se modifica (conf. art. 27, inc. 2º, CCAyT), se privilegia a los amparos y los demás quedan postergados (entre los que, habitualmente, también se encuentran casos en los que se reclama la satisfacción de derechos fundamentales). En suma, el instituto previsto en el art. 14 de la Constitución local y 43 de la nacional debe encontrar un cauce razonable, no pudiendo interpretarse en forma tan dilatada que se convierta en un dispositivo judicial apto para promover todo tipo de cuestiones. Vienen al caso las palabras de un reconocido jurista, quien —al señalar la línea que debería seguir una reforma de la ley que reglamenta el amparo— sostiene que no podría tratarse de "una ley apartada del espíritu mayoritario que inspiró genuinamente el art. 43 de la C.N., ni de otra que, pensándolo como panacea universal, o curalotodo tribunalicio, lo inflacione caóticamente; ni de una regla que sin responsabilidad alguna dibuje un amparo cuasimístico, mágico, estratosférico o quizás delirante, sino de un amparo realista, operativo, sensato, útil, proporcionado a las posibilidades ciertas del sistema judicial, y auténtico proceso eficiente, reservado para lo que constitucionalmente debe ser y no para decidir cualquier litigio..." (Sagüés, Néstor P.: *Derecho procesal constitucional. Logros y obstáculos,* Colección Estudios de Derecho Procesal Constitucional IV, dirigida por Julio B. J. Maier, Ad Hoc, Buenos Aires, p. 245)..."*.*

3. Dentro de este marco conceptual, sería posible analizar la procedencia o no de la vía del amparo en orden a las pautas allí expuestas lo que me conduciría, probablemente, a arribar a similares consideraciones que las expuestas por el juez doctor Julio Maier en su voto. Sin embargo considero que esta tarea resulta innecesaria si se advierte que el Gobierno no recurrió mediante queja la decisión de la Cámara que desestimó el recurso de inconstitucionalidad respecto de los otros agravios planteados. Ello determinó que quedara firme la sentencia de fs. 270/277 con relación al contenido de la condena.

Pero fundamentalmente, tal como lo expone el doctor Luis Lozano en su voto, durante el trámite del proceso, el Gobierno cumplió una parte sustancial de la pretensión actora: dotar de cestos papeleros a la zona V, restando únicamente llevar adelante el programa de concientización de su uso (constancias de fs. 276 vta.)

A mi modo de ver, ambas acciones —proveer los recipientes para la colocación de residuos y difundir su utilización— forman parte de la campaña de higiene urbana, conocida como "cestos papeleros: son tuyos usalos, son de todos, cuidalos" promovida desde el gobierno para preservar la limpieza de la Ciudad. Ninguna trascendencia tiene, en este momento, determinar la pertinencia o no de la vía del amparo para establecer la obligación accesoria, complementaria y hasta natural que le resta realizar al Gobierno. En suma, si ya se proveyó de los cestos papeleros, sólo queda que se le indique a la población los beneficios de utilizarlos.

No parece entonces que esta cuestión pueda dar lugar a un debate más extenso y, por lo demás, tampoco parece comprensible que el Gobierno, que impulsó la

campaña, intente ahora debatir, en otro proceso, su obligación de llevar adelante la parte que le resta cumplir, con grave dispendio de la actividad jurisdiccional y de los recursos de los ciudadanos.

Por los motivos expuestos, adhiero a la solución que propone el juez de trámite en su voto al declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad planteado, con costas.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. El GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia de fs. 188/193 vta., mediante la cual la Cámara le ordenó al recurrente presentar el plan para una "campaña de concientización" en materia de higiene urbana, y su posterior ejecución, destinada a los habitantes de la zona sur de la Ciudad (residentes en la denominada "Zona V"), en paridad de condiciones respecto de aquélla desarrollada en las otras zonas en que el Gobierno presta los servicios de higiene mencionados. Frente al planteo recursivo de la demandada, la Cámara concedió parcialmente el RI en lo atinente a la interpretación y aplicación del art. 14, CCBA, agravio del recurrente relativo a la inidoneidad e improcedencia de la vía del amparo para resolver el litigio y aspectos generales del trámite del pleito que significaron —se alega— la limitación de su derecho de defensa en juicio y la consecuente lesión al debido proceso. La Cámara rechazó el recurso con relación a los restantes agravios. La inadmisibilidad parcial del recurso de inconstitucionalidad está firme, dado que la demandada no planteó recurso directo de queja frente a la desestimación de los otros motivos de impugnación que había esgrimido en el RI.

2. Específicamente, se discute en la controversia si el GCBA está incurso en una práctica de exclusión de los habitantes de la Zona V respecto de los beneficios de la campaña "cestos papeleros: son tuyos usalos, son de todos, cuidalos". La Cámara interpretó que esta alegada exclusión constituye una omisión manifiestamente arbitraria e ilegítima, cuya subsanación resulta exigible judicialmente.

Sin embargo, tal como lo expresé múltiplemente, "Mi preocupación inmediata en [estos casos] se resume del modo siguiente: permitir la aplicación de las reglas del amparo en controversias donde no concurren las condiciones necesarias para la procedencia de este carril procesal —la ocurrencia de un acto o la verificación de una omisión de 'ilegitimidad manifiesta' que implique una 'lesión, restricción, alteración o amenaza' de carácter 'inminente' a un derecho reconocido ... 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, y sin existir otro medio judicial más idóneo para concretar esa tutela, art. 14, CCBA—, implica un menoscabo a la defensa posible del demandado, derecho garantizado constitucionalmente (art. 13, inc. 3º, CCBA y art. 18, C.N.)" [véase "Spinelli, Gabriela Sandra c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA] s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 5442/07, resolución del 20/2/2008].

3. Ahora bien: ¿se configura en el caso un supuesto de omisión manifiestamente ilegítima? Va de suyo que debe existir un deber de actuar por parte del órgano encargado de hacerlo, en el caso el Ejecutivo e, injustificadamente, el incumplimiento de esa obligación por parte de este órgano. Asimismo, conforme a la doctrina del TSJBA, la concurrencia de otros requisitos es necesaria —y suficiente— para que, en sentido estricto, se reúnan los elementos constitutivos de la "omisión de ilegitimidad manifiesta" que justifica el trámite formal del reclamo por la vía del amparo.

Así, toda vez que: *a*) la falta de cumplimiento o desarrollo de la Constitución, de un tratado internacional o de una ley (que implican la existencia de un deber previo de actuación) derive de la violación de una norma específica; *b*) en las circunstancias concretas de la producción legislativa, falten las medidas necesarias para tornar exigibles y operativas dichas normas; *c*) la inactividad produzca una lesión cierta sobre un derecho o garantía; y *d*) la relación causal entre la inactividad y el daño esté comprobada, entonces la omisión manifiestamente ilegítima se habrá configurado *prima facie*, siempre que, además de los extremos mencionados en a) a d), se verifique *e*), a saber, 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, nº 5, pp. 38 y ss.; Bidart Campos, Germán J.: "La justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión", *ED*, t. 78, pp. 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", cit.).[4]

Respecto del primer aspecto del reclamo de la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia, actora en el caso, dirigido a lograr el cumplimiento del deber de instalación de cestos papeleros urbanos (cuestión ya dirimida en el litigio), la demandada admite como plausible reputar su colocación como "parte de las obligaciones de los adjudicatarios de la Licitación Pública nº 06/2003 por la cual se contrató el 'Servicio Público de Higiene Urbana'" (fs. 2). En este caso, puede interpretarse que la fuente de obligaciones supuestamente incumplidas, recientemente mencionada, perfecciona el primer recaudo de la omisión antijurídica, que torna razonable continuar el desarrollo y demostrar la lesión. Por contraposición a lo expuesto, la

[4] Asimismo, véase mi voto en "Usabel, Héctor y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recursos de inconstitucionalidad concedidos", expte. nº 3540/04, resolución del 22/6/2005. La Cámara se refiere a este caso y señala, con interés para el *sub examine*, que "Si bien en tal caso se cuestionaba la falta de sanción de una ley, del fallo mencionado pueden extraerse ciertas pautas generales extensibles al análisis de los supuestos de omisiones reputadas como manifiestamente arbitrarias o ilegítimas y cuya subsanación se persiga por la vía del amparo" (fs. 272 vta.).

campaña educativa y de concientización no puede conectarse genéticamente —en rigor, de manera alguna— con un deber establecido normativamente.

Repárese en que toda Administración está allí para propender al bien común: la manera según la cual efectivamente promueve el bien común y el rango de las acciones necesarias para ello, cuando existen recursos limitados, de manera de privilegiar unas en detrimento de otras, es, precisamente, una cuestión política pura, no reglada, que queda en manos de aquel que ejerce el gobierno en un momento determinado. Así, se trata de una facultad de cualquier Administración el realizar acciones que tiendan a educar a los vecinos para el cumplimiento de ciertas actividades que se consideran necesarias (para ilustrar, la distribución domiciliaria de la basura de acuerdo con el material a descartar). Pero esas necesidades comparecen primero ante la decisión política del Gobierno y, luego, ante el orden de prioridades que el Gobierno de un Estado se ha fijado frente a la realidad de la limitación de los recursos de que dispone. Estas actividades, sin apoyo normativo que las erija en un deber jurídico, no pueden (como una cuestión lógica o, cuando menos, conceptual) ser el soporte de un amparo ciudadano, individual o colectivo. Estos argumentos abonan también la conclusión de que la omisión denunciada nunca puede ser *manifiestamente ilegítima*.

4. A mi criterio, el planteo de la recurrente resulta por demás claro al reformular, en el recurso de inconstitucionalidad, las negativas que originariamente expuso al producir el informe circunstanciado previsto por el art. 8º de la ley 16.986. En primer término, las supuestas omisiones que se atribuyen al Gobierno no han producido, con la actualidad e inminencia con que lo requiere el art. 14, CCBA, un agravio "concreto, cierto, directo, personal y determinado" que sustente la promoción de una demanda de amparo constitucional. Segundo, la actora no ha acreditado u ofrecido acreditar, en la instancia procesal oportuna, "*cómo* y *por qué* los amparistas estiman concretamente afectados derechos de incidencia colectiva" (en apoyo de lo cual la recurrente invoca el art. 7º de la ley 16.986). Esta circunstancia (ver especialmente su satisfactorio desarrollo a fs. 292/295) compromete, *prima facie*, el adecuado ejercicio del derecho de defensa en juicio de la demandada. Tercero, la cuestión impone mayor amplitud de debate y prueba, a la luz del cual resulta insuficiente el escenario discursivo acotado y comprimido del amparo constitucional (volveré sobre este punto más adelante). Cuarto, el GCBA niega que exista de su parte una omisión lesiva de los derechos individuales y/o colectivos, lo que supone la negación de la existencia de actos, hechos u omisiones que puedan ser considerados como manifiestamente ilegítimos en los términos de la disposición contenida en el art. 14 de la CCBA. Finalmente, y por todo lo expuesto, el Gobierno demandado niega haber incurrido en prácticas discriminatorias —como lo sostiene la actora en su demanda— o que exista una postergación de la zona Sur de la Ciudad.

5. En tal sentido, no advierto que este caso difiera, en punto a la afectación del derecho al debido proceso por la improcedencia del amparo, de los antecedentes del TSJBA que mencionaré en el siguiente apartado de mi voto. La demandada

había negado concretamente la autenticidad de ciertas estadísticas acompañadas en autos por la Asociación actora y, sin embargo, la Cámara las dio de oficio por ciertas (ver fs. 273 vta./274). En efecto, la Alzada sostuvo que "[e]n el caso de autos la actora ha expuesto en su demanda diversos indicadores socio económicos provenientes del INDEC que dan cuenta de la situación desfavorecida de la Zona V y sus habitantes en materia de infraestructura pública, salud, vivienda y educación ... La demandada negó la autenticidad de tales estadísticas, 'por imperativo procesal y por no constar[le]', pese a lo cual pudieron ser verificadas en forma genérica por el tribunal en el sitio oficial de dicho organismo estatal *(www.indec.gov.ar)",* fs. 274, énfasis aportado. Al respecto, la demandada replica en su recurso: "Nótese, que en la especie se ha afectado el derecho de defensa en juicio y la garantía al debido proceso legal adjetivo que le asiste a la Ciudad, ello en razón, que mi mandante [*sic*] no fue oída acerca de los cuadros estadísticos que vía Internet ha consultado la Cámara de oficio en autos y los ha tenido por verificados. /// Tal situación determina la nulidad absoluta e insanable del fallo, pues se sustenta el mismo en una prueba que no fue ofrecida por las partes, y que por otro lado el GCBA al contestar la demanda negó toda autenticidad al contenido de las estadísticas acompañadas por la actora. Sin embargo, el Tribunal en violación al derecho de defensa en juicio de la Ciudad, ni siquiera corrió traslado de lo publicado en Internet por el INDEC, y de plano y sin mayores esfuerzos la Alzada tuvo por verificados dichos datos estadísticos, sin oír [*sic*] previamente sobre dichas cuestiones a la parte demandada. De allí pues, la notoria nulidad de la sentencia impugnada" (fs. 289 vta.).

De este modo, el carácter de la disputa, como lo revela el párrafo anterior —e incluso, la negación de toda discriminación por parte de la demandada— demuestra la necesidad de un proceso contradictorio, en igualdad de armas para actora y demandada, y dependiente casi absolutamente de la prueba, a rendir y *controlar* por ambas partes, cualquiera que sea la interpretación de la demanda, su objeto o su naturaleza, explicación en la que abunda, sin necesidad, la sentencia criticada. A lo que asistimos es a un procedimiento incontrolable por falta de reglas, que, a contrario de la representación de la justicia y la labor judicial en la cultura actual, como me veo comprometido a señalar con frecuencia creciente, coloca en manos de los jueces, siempre justos, siempre acertados, la facultad de reglar el procedimiento aplicable (es la llamada *justicia de Cadí*, ya inexistente no sólo jurídicamente, sino, también, culturalmente). Es más: creo que ni siquiera la llamada "justicia de Cadí" procedía en forma tan libre e imaginativa; y tampoco procedió así Bertold Brecht al escribir sus célebres círculos de tiza. Al menos en esos ejemplos, el procedimiento sí era expedito y rápido. Por lo demás, y como resulta ostensible, este fenómeno conduce tanto a una judicialización hipertrofiada como a la desnaturalización misma del amparo, mediante un control sin reglas que lo encaucen, *a piacere* de quienes son los controladores. Me causa perplejidad advertir que, en el caso, la "materia judicializada" a través de un amparo es una campaña de carácter educativo, cuyo objeto es la formación de conciencia entre los vecinos de la Ciudad de Buenos Aires respecto del uso y conservación de los cestos papeleros urbanos.

6. Si los recaudos individualizados *supra* no están presentes de manera concurrente, cualquiera que sea el fundamento, *la naturaleza*, la corrección o la justicia de la pretensión, ella deberá tramitar por las vías ordinarias. En efecto, todo el sistema de acciones procesales (no sólo la acción de amparo) tiene por objeto efectivizar el derecho de acceder a la justicia y garantizar la protección judicial efectiva de los derechos e intereses constitucionales, legales o reglamentarios que puedan invocar las personas, tanto el actor como el demandado. Como lo señalé en un pronunciamiento reciente: "Se ha conformado la costumbre, tanto judicial, como por intermedio de los litigantes, de que la vía adecuada para defender derechos contra acciones u omisiones del Estado es el proceso llamado de *amparo*. Ya he tenido oportunidad de indicar cuán peligrosa es esta costumbre, que desplaza totalmente y sustituye a los procesos judiciales de conocimiento, al punto de que tanto el CCAyT y, eventualmente, el CPCyC de la Nación, si fuere aplicable, parecen haber quedado como meras figuras decorativas, inutilizables" ("doctor Ricardo Monner Sans c/ GCBA s/amparo [art. 14, CCBA] s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 4809/06 y su acumulado expte. nº 4313/05 "Lotería Nacional Sociedad del Estado s/queja por recurso de apelación ordinario denegado en: 'doctor Ricardo Monner Sans c/Instituto de Juegos de apuestas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otros s/otros procesos incidentales'", sent. del 6/10/2006). Se trata de una preocupación que ya había señalado en oportunidades anteriores (v. gr. acápite "II. Recursos de queja y de inconstitucionalidad de Sound Garage", punto 4, de mi voto en los autos "Loñ, Carolina y otros c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA] s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 4229/05 y su acumulado expte. nº 4143/05 "Sound Garage S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Loñ, Carolina y otros c/GCBA y otros s/amparo [art. 14, CCBA]'", sent. del 22/2/2006; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Akrich, Gustavo Raúl c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA]'", expte. nº 4782/06, resolución del 29/11/2006; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Parcansky, Manuel Jorge c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA]'", expte. nº 4970/06, resolución del 5/6/2007, entre muchos otros).

7. Por lo demás, y este punto me parece decisivo, resulta cuando menos conveniente tener en cuenta que la decisión de tramitar y resolver un proceso por la vía del amparo tiene como consecuencia necesaria la postergación en la consideración y decisión de otros asuntos sometidos a la decisión de los magistrados; es decir: la lista de casos y materias a decisión se modifica (conf. art. 27, inc. 2º, CCAyT), se privilegia a los amparos y los demás quedan postergados (entre los segundos, habitualmente, también se destacan controversias en las que se reclama la satisfacción de derechos fundamentales).

A propósito, tengo dicho también (ver los fallos citados) que el amparo no constituye un procedimiento residual, aprovechable para sustituir voluntariamente los procedimientos reglados por la ley procesal común, por decisión de cada una de las partes o del juez. Esto es aquello que ha sucedido en este caso, por petición de la actora, acogida por los jueces, a pesar de la protesta del demandado, que no

consintió esa aplicación, según estimo, con razón evidente, pues la ilegitimidad que pretende la actora no resulta manifiesta, ni mucho menos.

8. Por las consideraciones que anteceden, propongo un dispositivo que propicie: *a)* hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad planteado por el GCBA; *b)* revocar la sentencia de fs. 270/277 vta.; *c)* rechazar la acción de amparo interpuesta por la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (art. 31, ley 402) y *d)* imponer las costas de todo el proceso en el orden causado.

El juez José O. Casás dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad deducido por el Gobierno de la Ciudad fue correctamente concedido por la Cámara, pues, en el caso, se encuentra directamente en juego la interpretación y aplicación del art. 14 de la CCBA (conf. voto que suscribí con la jueza Ana María Conde *in re*: "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Akrich, Gustavo Raúl c/GCBA s/amparo" (art. 14, CCBA)'", expte. nº 4782/06, sent. del 29/11/2006).

2. La Cámara sostuvo en su sentencia de fecha 7/12/2006 que las constancias de la causa —iniciada en el mes de octubre del año 2005 (conf. cargo de fs. 32)— no permitían concluir que hubiese existido una omisión manifiestamente arbitraria del GCBA en lo que respecta a la implementación de la campaña de colocación de cestos de residuos. Ello así, puesto que, más allá de las imprecisiones y demoras comprobadas en la adquisición e instalación de cestos papeleros, en autos quedó demostrado que, *aún antes de la promoción de la demanda, el GCBA había efectuado diversas gestiones a fin de concretar la campaña* de marras en la zona sur de la ciudad y que la situación denunciada estaba en vías de subsanación.

Por el contrario, en punto a la *campaña de concientización* en la materia, expresó que "si bien la campaña efectuada en el resto de la ciudad, sobre todo en las zonas céntricas y medios masivos de comunicación, puede permear los límites geográficos en los que está instalada, lo cierto y concreto es que no se habría desarrollado en el marco territorial de la zona V" (fs. 277). Tal exclusión, a criterio del *a quo*, constituyó una omisión manifiestamente arbitraria e ilegítima que, como consecuencia, trajo aparejada una violación a la garantía de *igualdad ante la ley* (arts. 10 y 11, CCBA) —conf. punto 11 de la sentencia de la Cámara, fs. 276 vta./277—. En consecuencia, se ordenó al GCBA que, en el plazo de treinta (30) días, presente la planificación de una campaña de concientización específica para la zona V, o la adaptación de alguna campaña en curso a tal efecto.

3. Desde mi punto de vista, acierta el Gobierno local cuando insiste en afirmar que, en este caso, no procede la vía del amparo del art. 14, CCBA, pues, en primer lugar, ninguna norma del ordenamiento jurídico vigente en esta Ciudad establece en forma expresa o razonablemente implícita en cabeza del Estado una obligación

jurídicamente exigible para la realización de *campañas de concientización para la utilización de cestos de basura* en cada uno de los barrios de la Ciudad.

La procedencia de la realización de una campaña de este tipo por parte del Poder Ejecutivo, sin norma vigente que obligue a realizarla, exija simultaneidad y mucho menos priorice un tiempo, intensidad o lugares determinados para su despliegue, debe decidirse, entonces, a partir del ejercicio de funciones discrecionales controlables judicialmente pero sobre la base de *criterios de oportunidad, mérito y conveniencia propios de la Administración* que no corresponde a los jueces valorar.

Para ilustrar el punto me limitaré a brindar ejemplos sencillos: si el Estado decidiera que, a lo largo de las avenidas Rivadavia, Belgrano, Entre Ríos, de Mayo y Callao de esta Ciudad, debe haber apostado un policía cada 3 cuadras para prevenir la comisión de ilícitos —transferencia mediante del servicio de seguridad hoy a cargo de la Nación o implementación y puesta en funcionamiento de una policía local, todo ello en términos de concreción efectiva de la autonomía que consagra el art. 129, C.N.—, los vecinos que viven sobre la Av. Cabildo que desearan la implementación de la misma medida no estarían siendo *discriminados de manera arbitraria y manifiestamente ilegal* porque ella no se efectiviza en su caso, pues tal decisión del Estado, por sí sola, no violenta la garantía de igualdad protegida por la Constitución y los Tratados sobre Derechos Humanos que gozan de jerarquía constitucional; lo mismo sucedería si el GCBA decidiera, en el marco de un proyecto de obras públicas, reparar y pavimentar en el curso del año 2008 las calles de los barrios de Villa Urquiza, Saavedra, Belgrano y Núñez, en lugar de las de los barrios de Palermo, Almagro, Monserrat y Balvanera; y otro tanto podríamos decir si el Estado dispusiera construir o extender una línea de subterráneos en las zonas sur y centro y no en las zonas oeste y norte de la Ciudad. Adviértase por lo demás que, por regla, este tipo de actividades requiere de recursos, de por sí escasos, que se aplican según cronogramas y prioridades que pueden llegar a escalonarse en el tiempo incluso de modo plurianual.

Lo que intento remarcar, en pocas palabras, es que las decisiones administrativas en los casos descriptos podrían ser opinables desde distintos puntos de vista, pero ellas no podrían calificarse como *manifiestamente ilegales*, pues los vecinos de los barrios que se sientan postergados en cada supuesto, guste o no, a simple vista *no tienen un derecho* que les permita *exigir judicialmente al Estado* que simultáneamente en las avenidas de su barrio aposte un policía cada tres cuadras, asfalte las calles o construya una línea de subterráneos, de la misma manera en que lo hace en otras zonas de la Ciudad.

4. En este caso ocurre algo similar al de los ejemplos consignados en el punto precedente, pues no se ha acreditado una omisión arbitraria o manifiestamente ilegal por parte del Estado de una obligación jurídicamente exigible. Al mismo tiempo, tampoco se ha demostrado que la *falta de realización de la campaña de concienti-*

zación para usar cestos de basura afecte un derecho de incidencia colectiva relativo al medioambiente o la salud, toda vez que, en el marco de este mismo proceso, ya se ha descartado que en la Zona V se encuentre en riesgo o comprometido el acceso al servicio público de higiene urbana o la calidad del mismo.

De manera tal que, no sólo la parte actora no ha acreditado, como se dijo, una *ilegalidad manifiesta* generada por la omisión temporal que se atribuye al GCBA, sino que tampoco ha acreditado un perjuicio a un derecho tutelado por el ordenamiento jurídico causado por ese comportamiento omisivo que se enrostra al Estado, descartada la violación a la igualdad con el alcance en que se encuentra tutelada en la Constitución nacional y en la local. El respeto a la apuntada garantía de igualdad no se resuelve a través de una estricta formulación matemática, por ello, la demarcación o utilización de zonas de la Ciudad para determinar la realización de una campaña de concientización para el uso de cestos de residuos, cuando no se ha demostrado estar frente a un supuesto de *írrita persecución* o *indebido privilegio*, no importa por sí sola una *discriminación arbitraria* o *manifiestamente ilegal*.

5. Por las consideraciones expuestas, estimo que el agravio del GCBA relativo a la improcedencia de la vía debe prosperar, agregando además que, en el caso, resulta relevante tener en cuenta el perjuicio que la adopción de esta vía procesal expedita ha generado al derecho de defensa de la demandada, al haberse incorporado prueba al expediente (estadísticas del INDEC) cuya autenticidad fue discutida oportunamente por el Gobierno pero que, sin embargo, fue utilizada por los jueces para decidir el pleito, previa verificación de su autenticidad de oficio a través de Internet, sin correr el traslado pertinente.

En virtud de lo expresado, corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad incoado por el GCBA, revocar la sentencia apelada y rechazar la acción de amparo interpuesta. Las costas del proceso deben imponerse en el orden causado, porque así lo dispone el art. 14 de la CCBA.

Así lo voto.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* mal concedido el recurso de inconstitucionalidad planteado por el GCBA, con costas.

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

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

XXI

"SPINELLI, GABRIELA SANDRA C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD. AMPARO: Requisitos. Interpretación del art. 14 de la CCBA. Omisión del GCBA. Ilegitimidad manifiesta. Derecho de defensa en juicio. Discriminación salarial arbitraria. Principio de igualdad. Cuestiones de oportunidad, mérito o conveniencia.

SUMARIOS:

1. No cabe hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad desde que los agravios expuestos por el GCBA no aportan ningún elemento que evidencie de manera clara y precisa que éste no pudo tener intervención útil en el proceso del amparo o que sus probabilidades de éxito han quedado frustradas porque el amparo le impidió ejercer su derecho de defensa adecuadamente. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

2. Las visiones que, frente a la interposición de un amparo contra el Estado, enfatizan la necesidad de preservar la posición defensiva del demandado, incurren en una hermenéutica del art. 14 de la CCBA que desplaza su carácter más significativo, que es el de dar garantía a las personas respecto de la tutela de sus derechos, y no el de ser la oportunidad de frustrar un reclamo dirigido al Estado. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

3. La opción respecto de la forma de requerir judicialmente el cobro de diferencias salariales es una alternativa del titular de crédito alimentario, de modo que en materia de reclamos alimentarios es el alimentado quien tiene que poder decidir cómo y con qué urgencia desea orientar su trámite, y no el obligado. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

4. El recurrente no muestra de qué modo el trámite de la cuestión mediante el procedimiento de amparo redundó en una privación o limitación del desarrollo de sus defensas o que tuvieran incidencia o hayan repercutido de forma adversa en el contenido del fallo emitido, por lo tanto el planteo del GCBA no suscita la jurisdicción de este Tribunal en el marco del recurso de inconstitucionalidad. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere el señor juez José O. Casás).*

5. Aun cuando concurren buenas razones para pensar que asiste razón al recurrente en punto a que el accionar administrativo cuestionado no es manifiestamente ilegítimo o arbitrario, lo cierto es que, aunque probablemente por una vía procesal inadecuada, se ha arribado a una solución de la controversia cuyo contenido no ha merecido reparos atendibles que aparezcan como producto de la limitación al debate fruto del amparo y, por lo tanto, no susceptibles de corrección en esta instancia (conf. art. 27 de la ley 402). *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere el señor juez José O. Casás).*

6. Debe hacerse lugar al recurso de inconstitucionalidad, pues permitir la aplicación de las reglas del amparo en controversias donde no concurren las condiciones

necesarias para la procedencia de este carril procesal, implica un menoscabo a la defensa posible del demandado, derecho garantizado constitucionalmente (art. 13, inc. 3, CCBA y art. 18, C.N.). *(Voto en disidencia de los señores jueces Julio B. J. Maier y Ana María Conde).*

7. El carácter manifiesto de la ilegalidad o arbitrariedad de la conducta estatal lesiva, es el que permite justificar las limitaciones al ejercicio del derecho de defensa del órgano estatal demandado, impuestas por las reglas del amparo. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

Expte. nº 5442/07 - 20/2/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Gabriela Sandra Spinelli inició el presente proceso de amparo contra el GCBA con el objeto de subsanar lo que, según la actora, consideró una omisión arbitraria e ilegítima en que incurrió la demandada "...al dictar el dec. 583/05, sin disponer lo necesario para evitar la discriminación salarial que ese decreto provoca entre los trece coordinadores de las Defensoría Zonales de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, pese a que todos realizan las mismas tareas, impuestas por la ley 114" (fs. 1).

La actora relató que fue contratada como Coordinadora de la Defensoría Zonal de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes Plaza Lavalle mediante disposición 10-DGFyH-98 del 1/6/1998. Al interponer su demanda de amparo, la actora mantenía su condición de contratada mientras que otros coordinadores con las mismas funciones pertenecían a la planta permanente de la demandada. Spinelli destacó a lo largo de su amparo que desempeñaba las mismas tareas y funciones que sus colegas de planta permanente. Sin embargo, con el dictado del dec. 583/05 se produjo un incremento del salario percibido por los coordinadores que están en planta permanente. El mencionado decreto produjo modificaciones salariales favorables exclusivamente respecto de aquellos coordinadores incorporados al escalafón general creado por dec. 986/04. Esta situación fue considerada por la actora como violatoria del principio de igualdad ante la ley y de la garantía de igual remuneración por igual tarea.

La pretensión de Spinelli se dirigió a obtener una decisión jurisdiccional que ordenase al Gobierno abonarle la misma remuneración que perciben los Coordinadores de las Defensorías Zonales de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes incluidos en el escalafón general creado por el dec. 986/04, desde la fecha en que el dec. 583/05 fijó para sus efectos (1/5/2005) con más los intereses que correspondan.

2. Sustanciado el proceso, el juez de primera instancia hizo lugar a la pretensión, con costas.

3. Apelada la decisión por el demandado, la Sala II de la Cámara CAyT rechazó el recurso y confirmó la sentencia apelada, con costas a la vencida.

4. El Gobierno interpuso recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia definitiva de Cámara. Sustanciada la impugnación extraordinaria con intervención de la contraria, el tribunal superior de la causa declaró parcialmente admisible el recurso de inconstitucionalidad "en cuanto a la interpretación y aplicación del art. 14 de la CCBA, rechazándolo en relación a los restantes agravios" (fs. 345 vta.).

5. Requerido su dictamen, el señor Fiscal General Adjunto propició que se declare mal concedido el recurso (fs. 354/356 vta.).

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad ha sido concedido parcialmente por el tribunal superior de la causa respecto del agravio referido a la improcedencia de la vía y su relación con los principios de defensa en juicio y debido proceso. Para así decidir, el tribunal superior de causa se ha limitado a aplicar el criterio establecido por este Tribunal Superior —según voto mayoritario— en la causa 4782/06, "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Akrich, Gustavo Raúl c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)", resolución del 29/11/2006.

2. El cuestionamiento a la idoneidad de la vía por parte del Gobierno evoca mi preocupación —reflejada en todos mis votos sobre el instituto, en especial "Vera, Miguel Ángel c/GCBA (Dirección General de Tránsito) s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 1427/02, resolución del 8/5/2002; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado" en 'Parcansky, Manuel Jorge c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 4970/06, resolución del 5/6/2007 y "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Akrich, Gustavo Raúl c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 4782/06, resolución del 29/11/2006— por este y otros aspectos en materia de amparo en donde observo más vehemencia por parte del Estado en oponerse por vía de estereotipos defensivos a las acciones de amparo que por dar concreta y pronta respuesta a las violaciones de derechos que esas demandas denuncian.

3. El Gobierno coloca el eje de su defensa en una cuestión irrelevante, casi de detalle. Intenta presentar como un caso constitucional la falta de idoneidad de la vía, luego de que ha sido decidido el fondo del asunto. Esta postura sólo podría ser admisible si el recurrente acreditara una violación a su derecho de defensa.

Elegido este camino, es indudable que la argumentación que aquel debía desarrollar se vuelve por demás compleja. Sin embargo, la lectura del conjunto de los agravios no aporta ningún elemento que evidencie de manera clara y precisa que el GCBA no pudo tener intervención útil en este proceso o que sus probabilidades de éxito han quedado frustradas porque el amparo le impidió defenderse adecuadamente.

En tal sentido cabe preguntarse cuáles fueron las defensas y estrategias que el Gobierno no pudo desplegar en el juicio. Los agravios que enuncia no dan respuesta al interrogante formulado y se limitan a la frase ritual de la necesidad de "mayor debate y prueba", que no logra desvirtuar la corrección con que tramitara el proceso.

4. Desde otra perspectiva, quiero señalar los equívocos que contienen las visiones que, frente a la interposición de un amparo contra el Estado, enfatizan la necesidad de preservar la posición defensiva del demandado. Así se incurre en una hermenéutica del art. 14 de la CCBA que desplaza su carácter más significativo, el de dar garantía a las personas respecto de la tutela de sus derechos, y no el de ser la oportunidad de frustrar un reclamo dirigido al Estado.

Por ello cuando el Estado se agravia de que no pudo ser oído con las debidas garantías (según el art. 8.1 de la CADH pensadas para los habitantes) debe satisfacer cargas de alegación y argumentación muy significativas que le permitan demostrar en forma incontrastable que no pudo defenderse. El Gobierno para hacer plausible su impugnación debería, por ejemplo, confrontar el amparo con un proceso de conocimiento ordinario y mostrar cuales han sido las oportunidades procesales, los elementos de convicción y los aspectos del campo de la disputabilidad, de la refutación y de la alegación que le fueron negados. No es esta la actividad que despliega el Estado, ni en este proceso ni en otros similares en los que he tenido que resolver, ya que las razones que expone son débiles y no cumplen con las exigencias de fundamentación que vengo señalando.

En definitiva, si como sucede en las actuaciones en análisis está comprobada la lesión de un derecho y no hay elementos que acrediten la afectación del derecho de defensa del vencido, carece de toda utilidad revisar la idoneidad de la vía en esta etapa del proceso.

5. A partir de las consideraciones precedentes me detendré ahora con mayor profundidad en los supuestos agravios del Gobierno referidos a la falta de idoneidad de la vía del amparo en el caso. La cuestión es introducida por el recurrente a fs. 324 de su recurso, bajo el acápite "A. Inadmisibilidad del amparo" y contiene cinco puntos. El primero —que ocupa casi toda una página— por su generalidad no es técnicamente un agravio, más allá de que se lo haya incluido entre los fundamentos del recurso. Si bien el Gobierno alude a la "naturaleza constitucional de la normativa de aplicación", no especifica qué derecho, oportunidad, intervención, prueba o control no ha podido exponer, acercar, adquirir o demostrar a fin de modificar el resultado del pleito.

6. En el segundo punto el impugnante dice que en el presente juicio "existen contratos de servicios remunerados cuyo cabal cumplimiento no ha sido cuestionado y (...) una normativa dirigida a un universo de agentes que no integra la pretensora de autos". Estas afirmaciones remiten a una cuestión de derecho respecto de la cual las posibilidades defensivas para alegar son las mismas en el amparo que en un proceso ordinario, y se ubican en la etapa constitutiva, es decir en los escritos

de demanda y contestación. Por tanto, ellas no guardan ninguna relación con la idoneidad de la vía, ni prueban afectación alguna al derecho de defensa.

7. También en el punto 2 el recurrente sostiene que "[n]o se ve nada de arbitrario ni de manifiestamente ilegal en ello [refiriéndose a los contratos entre él y la actora] ni en la admisión de que ese monto, consensuado y aceptado, sea la contraprestación debida por el ente público al menos hasta la fecha indicada".

El Estado —garante de los derechos sociales de la actora— cuando insiste al recurrir en que no hay ilegalidad manifiesta, olvida las disposiciones de los arts. 14 bis y 16 de la C.N. y de las demás normas constitucionales involucradas en la materia.

Esa ilegalidad fue comprobada y declarada por los jueces de las instancias anteriores porque es claro que la situación se encuentra alcanzada por el orden público laboral y por las cláusulas y principios tuitivos del derecho del trabajo, como el de a igual tarea igual remuneración (art. 7º, ii, PIDESC).

Esa constatación de ilegalidad, por otra parte, ha quedado firme al tiempo en que corresponde al Tribunal decidir, toda vez que no fue materia de queja por parte del GCBA.

8. En el punto 3 del agravio bajo examen se lee que "[t]ampoco atiende a las circunstancias oportunamente denunciadas que tornan formalmente inadmisible esta acción de amparo. // En el caso es prioritario el estudio de una cuestión contractual regida por cláusulas particulares. // No es este ámbito propio del amparo constitucional, tanto más cuanto en el *subexamine* no se ha planteado la privación del sueldo o su disminución, ni se han denunciado situaciones especiales que pudieran autorizar el recurrimiento a esta vía expedita y rápida". Aquí el Gobierno introduce dos argumentos diferentes.

El primero afirma que las cuestiones contractuales serían ajenas al amparo. El recurrente omite considerar que la Corte Suprema de Justicia al resolver múltiples amparos en materia del llamado "corralito", examinó contratos bancarios y plexos normativos definitivamente más complejos que los involucrados en estas actuaciones (Conf. *in re* "Bustos, Alberto Roque y otros c/PEN y otros sobre amparo"; 26/10/2004, *Fallos,* 327:4495). Asimismo pierde de vista que como el amparo se puede dirigir contra todo "acto" y que no cabe, por principio, excluir de su campo de aplicación el examen de los actos jurídicos denominados contratos. Y menos aún, cuando es frecuente que se lesionen derechos de sujetos protegidos constitucionalmente (v. gr.: usuarios, consumidores y, desde luego, trabajadores), mediante contratos exorbitantes, adhesivos o con cláusulas predispuestas.

El segundo argumento del agraviado esta dirigido a excluir de la vía del amparo, los asuntos de naturaleza salarial salvo cuando —según él— se trate de la privación total de la remuneración. Afirma que en todos los otros casos deberían tramitar por un juicio común.

Disiento con estas conclusiones, por varios motivos. Uno de ellos es que el Estado, garante por imposición constitucional de los derechos del trabajador,

es aquí el empleador. Otra razón se funda en el reconocimiento de que la opción respecto de la forma de requerir judicialmente el cobro de diferencia salariales —reitero comprobadas y ahora no recurridas— es una alternativa del titular de crédito alimentario. Cuando, además como sucede en estos autos, la infracción a los principios de igualdad y de igual remuneración por igual tarea se advierte a partir de la simple lectura del plexo normativo discutido, no cabe objeción alguna a la vía escogida. Por fin, en materia de reclamos alimentarios es el alimentado quien tiene que poder decidir cómo y con qué urgencia desea orientar su trámite, y no el obligado. Es más, el juicio común no es la única vía: por ejemplo el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en concordancia con normas del Código Civil ha establecido un proceso especial en materia de alimentos, que favorece la situación procesal del alimentado. Por último, aun si se creyera que la pretensión de la actora debió desenvolverse como un proceso ordinario, visto que no fue esa la vía elegida, no hay fundamento para quitar eficacia tuitiva al presente juicio, y revertir lo actuado para no debatir nada más que lo ya debatido en esta causa, esta actitud aparece como una solución absurda toda vez que, como he reiterado en diversos momentos de mi voto, ningún derecho del Gobierno ha sido lesionado.

9. El cuarto punto del agravio incurre en la misma generalidad que el resto del recurso. Según el demandado la percepción de una deuda salarial, es decir, vinculada con aspectos a la subsistencia y calidad de vida del acreedor, no reviste carácter de urgente. En estricto sentido, lo urgente del reclamo no se evidencia únicamente en que se trata de un crédito alimentario sino en la violación palmaria de sus derechos. En síntesis, es indudable que en el caso el amparo es precisamente, la vía más efectiva para solucionar la lesión constitucional (conf. art. 25, CADH).

10. Respecto del quinto punto de los agravios del Gobierno me remito y doy por reproducidos los argumentos expuestos en mi voto en minoría en el precedente "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Akrich, Gustavo Raúl c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 4782/06, resolución del 29/11/2006. Agrego que resta seriedad al planteo del recurrente, la extrapolación de criterios jurisprudenciales fijados en otros casos que el Gobierno pretende universalizar, sin explicitar de qué manera la doctrina de los fallos citados se conecta con el caso en análisis.

11. Por último cabe destacar que la Cámara solo concedió parcialmente el recurso por la procedencia de la vía. Frente a la denegación de los restantes agravios el Gobierno no interpuso queja ante el Tribunal, con lo cual el fondo está firme. En tales condiciones, impugnar superficialmente un aspecto procedimental, como lo hace el recurrente, resta eficacia al recurso de inconstitucionalidad.

Por lo expuesto, considero que el recurso debe considerarse mal concedido, con costas al recurente. Así voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Los requisitos del amparo están en la Constitución y consisten en: *i)* que el acto (u omisión) contra el cual va dirigido sea manifiestamente ilegítimo o arbitrario

y, *ii)* que no exista otro medio judicial más idóneo para obtener la tutela de *iii)* un derecho reconocido "…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". Aunque determinar su admisibilidad como vía de acceso a la justicia es una cuestión de índole procesal, la intervención de este Tribunal procede cuando las consecuencias de preterir las vías ordinarias se proyectan en la sentencia definitiva, es decir, en la decisión final de la controversia (conf. mi voto *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Akrich Gustavo Raúl c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)", expte. nº 4782/06, sent. del 29/11/2006); situación esta última que no se halla acreditada sea la de autos.

2. El GCBA se agravia, en lo que ahora importa, de la admisión de la vía procesal escogida porque ella, a su juicio"…conspira gravemente contra la letra y el espíritu del art. 14 de nuestra Constitución, alternando su sentido y vaciándolo de contenido específico al modificar el especial diseño implementado por el constituyente" (fs. 324). En este orden de ideas, sostiene *i)* que los actos impugnados carecen del requisito de manifiesta ilegitimidad o arbitrariedad (señala que la actora no es personal de planta permanente sino que se halla vinculada al GCBA por medio de un contrato de locación de servicios cuyo cumplimiento no ha sido cuestionado, situación que, a su juicio, muestra la ausencia del perjuicio palmario que pudo llegar a producirle el dictado del dec. 583/05 a la accionante); *ii)* que la presente no difiere de una controversia circunscripta a obtener el reconocimiento de diferencias salariales, por lo que debería tramitar por las vías ordinarias, máxime cuando "[e]n el caso es prioritario el estudio de una cuestión contractual regida por cláusulas particulares" (324 vta.) y no se ha planteado ni la disminución ni la privación del sueldo. En apoyo de éste punto relata que debió "...contestar demanda en un plazo harto reducido y debió expresar agravios en 48 horas, con la consecuente limitación en cada caso de sus posibilidades de plantear una defensa suficiente para la atención de los intereses públicos que le están confiados". Agrega, a su vez, que "...cuestiones que requieren minuciosa prueba en cuanto a índole, similitudes y diferenciaciones de tareas materiales han sido dadas por ciertas con la sola recurrencia a sentencias en juicios diferentes o informes abstractos que se refieren a generalidades y que nada dicen, en concreto, sobre la específica situación y modalidades de funciones de la pretensora en autos" (fs. 325), y *iii)* que no se ha acreditado la existencia de un perjuicio que requiera inmediata reparación.

Por último, solicita la aplicación de la doctrina sentada por este Tribunal *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Akrich, Gustavo Raúl c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 4782/06, resolución del 29/11/2006.

3. En lo que ahora importa, la Sala II de la Cámara CAyT confirmó la sentencia de primera instancia en cuanto hizo lugar a la acción intentada y condenó al GCBA a abonar a la actora las diferencias salariales resultantes, desde la vigencia

del dec. 583/05 hasta el presente, integrándolas a los haberes que perciba. Fundó la procedencia de la vía en que el objeto de la acción consistió centralmente en que se cesara con la realización de actos discriminatorios. En cuanto al fondo de la cuestión, afirmó que la parte demandada no negó "...que las tareas habitualmente prestadas por la actora sean diferentes a las que realizan los coordinadores de la Defensoría Zonales de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes" (fs. 316), lo que acreditaba, bajo su interpretación del principio igual remuneración por igual tarea, la discriminación salarial apuntaba por la actora.

4. A la luz de la regla expuesta en el punto 1 de este voto, no hallándose controvertidos los motivos por lo cuales el *a quo* llegó a su decisión —las tareas que efectivamente realiza la actora e interpretación del principio de igual remuneración por igual tarea—, sino únicamente la forma a través de la cual arribó a ella (ver punto 5 de los resultas), esto es, el proceso mediante el cual se canalizó la pretensión de la actora, el planteo del Gobierno no suscita la jurisdicción de este Tribunal en el marco del recurso de inconstitucionalidad. Ello así, porque no muestra de qué modo el trámite de la cuestión mediante el procedimiento de amparo redundó en una privación o limitación del desarrollo de sus defensas o que tuvieran incidencia o hayan repercutido de forma adversa en el contenido del fallo emitido. En tales condiciones, las discrepancias no tendrían, en las condiciones que fueron formuladas, en esta etapa del análisis, más efecto que determinar la elección de una vía procesal para ordenar el debate. Mientras ésta sea la única consecuencia invocada, esto es, mientras no se busque demostrar que la sentencia que dirime definitivamente el pleito ha quedado afectada decisivamente por el procedimiento adoptado, el planteo no tiene por objeto la sentencia definitiva más que en apariencia, lo que resulta fácil de advertir tan pronto se concibe la posibilidad de desarrollarlo y resolverlo en una oportunidad cercana a la traba de la litis[5].

4.1. Lo expuesto no se ve conmovido porque el recurrente señale que debió contestar demanda y expresar agravios en un plazo excesivamente reducido, en tanto debió mencionar concretamente cómo el factor tiempo incidió en sus defensas (v. gr. le imposibilitó tomar conocimiento de los hechos que discuten en autos; no pudo reunir la prueba necesaria para contestar el informe de ley). En virtud de lo dispuesto en el art. 27 de la ley 402, no basta en esta instancia, a diferencia de lo que entiende el demandado, con señalar incomodidades a las que quedó sometida su defensa, si no se las relaciona adecuadamente cómo la duración del proceso repercutió en la decisión final.

[5] Conf. doctrina de *Fallos,* 95:133; y 134; 99:158; 104:284; 105:183; 115:11; 177:99, y consid. 3.2. de mi voto *in re* expte. nº 4603/05 "Lemes, Mauro Ismael s/inf. art. 189 bis C.P. —apelación— s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. nº 4602/05 "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Lemes, Mauro Ismael s/infracción art. 189 bis C.P. —apelación'", resolución de fecha 19/7/2006.

Por lo demás, si el recurrente entiende que por las características del amparo ciertas cuestiones no pudieron ser introducidas y, por ende, discutidas, todavía cuenta con la posibilidad de hacer uso de las previsiones del art. 13 de la ley 16.986 —a la que fue sujeto el *sub examine*— con arreglo a las cuales le queda subsistente la posibilidad de ejercer las acciones o recursos que le pueda corresponder, con independencia de las cuestiones ventiladas en el amparo.

4.2. Consideraciones de similar tenor merecen las afirmaciones relativas a que las cuestiones discutidas en autos requieren minuciosa prueba. El GCBA debió expresar a qué pruebas se refiere con esas manifestaciones —v. gr. tendentes a demostrar: *i)* que el cargo que ocupa la actora estaba destinado a durar un tiempo determinado; *ii)* que se va a llamar a concurso en un plazo cercano y los cargos eran ocupados de manera transitoria—. Asimismo, la Cámara destacó que la similitud entre las tareas efectuadas por la actora y el resto de los coordinadores de las Defensorías Zonales de las Niñas, Niños y Adolescentes no se encontraba controvertida y, en base a ello, entendió que se hallaba conculcado el principio igual remuneración por igual tarea, asunto acerca del cual no hay agravio ante esta instancia. Ello priva de todo sustento a las afirmaciones del GCBA relativas a que se ha tenido por cierto que las tareas que realiza la actora eran análogas a las de los demás coordinadores sin un fundamento mínimo adecuado.

5. Por último, el planteo relativo a la inexistencia de un acto u omisión manifiestamente arbitraria o ilegitima que el GCBA elabora con base en el vínculo que lo une con la actora —un contrato—, no se hace cargo de los argumentos que le dio Cámara al tener por habilitada la vía. En este orden de ideas, el *a quo* expresó que "[e]stos argumentos (...) no afectan la procedencia de la acción planteada (...) porque el objeto de la acción consiste en la denuncia de actos desicriminatorios y no en el incumplimiento de un contrato..." (fs. 316).

6. En síntesis, aun cuando concurren buenas razones para pensar que asiste razón al recurrente en punto a que el accionar administrativo cuestionado no es manifiestamente ilegítimo o arbitrario, lo cierto es que, aunque probablemente por una vía procesal inadecuada, se ha arribado a una solución de la controversia cuyo contenido no ha merecido reparos atendibles que aparezcan como producto de la limitación al debate fruto del amparo y, por lo tanto, no susceptibles de corrección en esta instancia (conf. art. 27 de la ley 402). Por ello, dejar sin efecto lo actuado supondría decretar una nulidad sin gravamen atendible, toda vez que no suministra la recurrente argumento alguno que sugiera que la controversia hubiera podido tener otra solución en un procedimiento de debate pleno —conf. mi voto *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Akrich, Gustavo Raúl c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 4782/06, sent. del 29/11/2006).

Por lo expuesto y de conformidad con lo dictaminado por el Procurador General Adjunto, voto por declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad, con costas al GCBA.

El juez José O. Casás dijo:

1. Adhiero a los fundamentos y a la solución propiciados en el voto de mi colega el doctor Luis F. Lozano.

2. Sin abrir juicio sobre la solución definitiva que los tribunales de la causa han dado a la pretensión de la parte actora con sustento en el principio de *igual remuneración por igual tarea* (art. 14 *bis*, C.N.) y en la prueba colectada —que en esta etapa del juicio no corresponde ya valorar—, lo cierto es que ahora el GCBA, al recurrir en queja ante este Estrado, sólo ha mantenido un agravio relativo a la falta de idoneidad de la vía del amparo para resolver el litigio, sin demostrar de manera plausible cuáles han sido las defensas de las que se ha visto privado debido a la adopción del apuntado proceso rápido y expedito previsto en el art. 14 de la CCBA.

La insuficiencia del agravio sella entonces la suerte adversa del remedio intentado, más allá del acierto o error de los jueces de la causa al convalidar la adopción de la vía del amparo para resolver, en este caso, un planteo que no parece evidenciar un comportamiento teñido de arbitrariedad o ilegitimidad manifiesta por parte de la demandada.

En virtud de las consideraciones expuestas, corresponde declarar mal concedido el recurso, con costas a la vencida.

Así lo voto.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Gabriela Spinelli promueve acción de amparo contra el GCBA, con el fin de remediar lo que reputó una "omisión arbitraria e ilegítima" en que incurrió la demandada a propósito del dictado del dec. 583/05, "sin disponer lo necesario para evitar la discriminación salarial que ese decreto provoca entre los trece coordinadores de las Defensorías Zonales de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, pese a que todos realizan las mismas tareas, impuestas por la ley 114" (fs. 1). El juez de primera instancia le concede razón y la ampara. La Cámara confirma su sentencia. Contra esa decisión se alza el GCBA, demandado en la ocasión, por intermedio de un recurso de inconstitucionalidad que surte la competencia del TSJBA. Ese recurso es concedido parcialmente, sólo en razón de la interpretación y aplicación del art. 14, CCBA (procedencia del amparo), agravio del recurrente relativo a la inidoneidad e improcedencia de la vía del amparo para resolver el litigio y modo de que el trámite del pleito significó la limitación y hasta la privación de su derecho de defensa en juicio, ejercido ampliamente, y, con ello, lesionó el principio del debido proceso. La inadmisibilidad parcial del RI está firme, dado que el GCBA no interpuso recurso de queja respecto de la denegación de los restantes agravios. De este modo, quedan fuera de la consideración del TSJBA los agravios que expresa la demandada con relación a: la supuesta arbitrariedad de la decisión criticada (arbitraria por no atender a las particularidades del caso, prescindir de aquello convenido por las partes en forma

expresa, lo cual lesiona el principio *pacta sunt servanda*; verter manifestaciones dogmáticas y crear derecho en lugar de aplicarlo); y la "interpretación absurda" del marco normativo de aplicación (ver fs. 326/331).

2. Así las cosas, corresponde evaluar la plausibilidad del único agravio del Gobierno por el que se concede el recurso, esto es, el cuestionamiento de la procedencia formal del amparo en tanto, según la recurrente, ese proceder vulneró el principio del debido proceso y su derecho de defensa en juicio. Tomaré como punto de partida la afirmación de la Cámara en su resolución del 6/8/2007, que ofrece como fundamento para conceder parcialmente el RI: "[E]l Tribunal Superior de Justicia ha establecido en lo pertinente que 'Existe (...) un genuino agravio de naturaleza constitucional, ya que se ha discutido la interpretación de las disposiciones que establece la Constitución de la Ciudad sobre la acción de amparo en su art. 14' —*del voto del doctor Maier con cita de precedente del doctor Casás*—. En consecuencia, por mayoría... [el Tribunal] admitió parcialmente la queja y recurso, en expte. nº 4782/06: 'GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Akrich, Gustavo Raúl c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)', del 29/11/2006. // Tratándose el presente de un caso similar en tal aspecto, cabe adecuar el decisorio de esta alzada al criterio sentado por el Superior, declarando admisible el recurso en lo que refiere a dicha cuestión" (fs. 344 vta./345).

3. Mi preocupación inmediata en "Akrich", en otras causas que mencionaré en el punto 4 de mi voto y, por cierto, en el caso bajo análisis, se resume del modo siguiente: permitir la aplicación de las reglas del amparo en controversias donde no concurren las condiciones necesarias para la procedencia de este carril procesal —la ocurrencia de un acto o la verificación de una omisión de "ilegitimidad manifiesta" que implique una "lesión, restricción, alteración o amenaza" de carácter "inminente" a un derecho reconocido "...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", y sin existir otro medio judicial más idóneo para concretar esa tutela, art. 14, CCBA—, implica un menoscabo a la defensa posible del demandado, derecho garantizado constitucionalmente (art. 13, inc. 3º, CCBA y art. 18, C.N.).

Sin abundar en ejemplos, resulta suficiente mencionar que el art. 8º de la ley de amparo 16.986 —aplicada al caso— sólo regula un informe objetivo de la demandada y no representa un traslado de la demanda del actor, ni exige la iniciación de una fase probatoria característica de los procesos ordinarios de conocimiento —ofrecimiento, admisión, producción y valoración de la prueba— (no es ocioso mencionar, con propósitos meramente comparativos, que el Capítulo II de la ley de amparo de la Ciudad de Buenos Aires, ley 2145, sólo menciona la contestación del demandado y su posibilidad de ofrecer prueba por el plazo improrrogable de diez días —aunque "[p]or razones de urgencia debidamente fundadas puede fijarse un plazo menor", art. 11—). Por lo demás, los problemas que se ventilan en un amparo, toda vez que la ilegitimidad del acto debe surgir desde un comienzo como eviden-

te o manifiesta, conforme a su misma finalidad —reparar de inmediato la lesión o evitar que se produzca aquella amenazada de modo inminente—, son siempre sencillos —más allá de su gravedad—, razón por la cual ese procedimiento resulta una vía inidónea para resolver aquellos problemas que suponen un proceder reglado, ordinario, que permita el debate amplio de argumentos y hechos. De esa manera, aplicar el amparo de modo discrecional a la solución de cuestiones que superen la autoevidencia de una lesión o de su amenaza inminente, menoscaba el derecho de defensa de la demandada, con derecho a uno de los procedimientos reglados, pues esas cuestiones no son, normalmente, susceptibles de solución evidente, y mucho menos son posibles de decidir sin necesidad de un estudio y una deliberación serios, tan exhaustivos como resulte necesario, acerca de los hechos y la normativa que conforman la materia sobre la que versa el litigio.

4. Si los recaudos antes mencionados no están presentes de manera concurrente, cualquiera que sea el fundamento, la corrección o la justicia de la pretensión, ella deberá tramitar por las vías ordinarias. En efecto, todo el sistema de acciones procesales (no sólo la acción de amparo) tiene por objeto efectivizar el derecho de acceder a la justicia y garantizar la protección judicial efectiva de los derechos e intereses constitucionales, legales o reglamentarios que puedan invocar las personas, tanto el actor como el demandado. Como lo señalé en un pronunciamiento reciente: "Se ha conformado la costumbre, tanto judicial, como por intermedio de los litigantes, de que la vía adecuada para defender derechos contra acciones u omisiones del Estado es el proceso llamado de *amparo*. Ya he tenido oportunidad de indicar cuán peligrosa es esta costumbre, que desplaza totalmente y sustituye a los procesos judiciales de conocimiento, al punto de que tanto el CCAyT y, eventualmente, el CPCCN, si fuere aplicable, parecen haber quedado como meras figuras decorativas, inutilizables" ("doctor Ricardo Monner Sans c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA] s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 4809/06 y su acumulado expte. nº 4313/05 "Lotería Nacional Sociedad del Estado s/queja por recurso de apelación ordinario denegado en: 'doctor Ricardo Monner Sans c/Instituto de Juegos de apuestas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otros s/otros procesos incidentales'", sent. del 6/10/2006). Se trata de una preocupación que ya había señalado en oportunidades anteriores (v. gr. acápite "II. Recursos de queja y de inconstitucionalidad de Sound Garage", punto 4, de mi voto en los autos "Loñ, Carolina y otros c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA] s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 4229/05 y su acumulado expte. nº 4143/05 "Sound Garage S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Loñ, Carolina y otros c/GCBA y otros s/amparo [art. 14, CCBA]'", sent. del 22/2/2006).

Por lo demás, es cuando menos conveniente tener en cuenta que la decisión de tramitar y resolver un proceso por la vía del amparo tiene como consecuencia necesaria la postergación en la consideración y decisión de otros asuntos sometidos a la decisión de los magistrados; es decir: la lista de asuntos a decisión se modifica (conf. art. 27, inc. 2º, CCAyT), se privilegia a los amparos y los demás (entre los

que, habitualmente, también se encuentran casos en los que se reclama la satisfacción de derechos fundamentales) quedan postergados

5. Este caso no es distinto de aquellos citados anteriormente, que conforman la jurisprudencia del Tribunal y mi opinión específica. Vale la pena comenzar por recordar que, de la letra del dec. 583/05, no surge planteo discriminatorio alguno de las normas allí contenidas para la actora, que pueda caracterizarse como evidente o manifiesto y que, por ello, pueda ser reparado inmediatamente por una decisión judicial. La actora, en realidad, pretende su inclusión en ese decreto. Precisamente esta afirmación —e incluso, la negación de toda discriminación por parte de la demandada (véase fs. 85)— demuestra la necesidad de un proceso contradictorio, en igualdad de armas para ambas partes, y dependiente casi absolutamente de la prueba, a rendir y *controlar* por ambas partes, cualquiera que sea la interpretación de la demanda, o su naturaleza, explicación en la que abunda, sin necesidad, la sentencia criticada. Parece que eso mismo reputó necesario el juez de primera instancia al mandar a realizar la prueba de la actora (fs. 91, punto IV) —afirmación que, de por sí, parece confesar que no existe, desde un comienzo, la evidencia de una ilegitimidad manifiesta—, sólo que, mediante un procedimiento incontrolable por falta de reglas, que, a contrario de la representación de la justicia y la labor judicial en la cultura actual, coloca en manos de los jueces —ver punto III, fs. 91—, siempre justos, siempre acertados, la facultad de reglar el procedimiento aplicable (es la llamada *justicia de Cadí*, ya inexistente no sólo jurídicamente, sino, también, culturalmente). Precisamente por ello se queja el demandado en su recurso de inconstitucionalidad, admitido por la Cámara. Su queja es, en principio, correcta, ya que la aplicación del amparo supuso dejar de lado un procedimiento de amplio debate y prueba.

Nótese que las mismas sentencias, para concluir como concluyeron (condena del demandado) debieron afirmar —de hecho— la asimilación de la tarea de la actora como sustancialmente idéntica a aquellas que desempeñan los agentes cuyo haber regula el decreto tachado por inconstitucional. Para ello no existe otro camino que valorar prueba y, aunque en el caso de las sentencias parece haber primado únicamente un principio probatorio discutible —el demandado no habría negado la similitud de la tarea de la actora con la de los otros agentes—, el problema se presenta, por ello, idéntico en su catalogación para el amparo: la ilegitimidad no resultaba manifiesta desde un comienzo. No pretendo con ello valorar prueba, actividad extraña al recurso intentado, que atribuye competencia al TSJBA, sino, antes bien, indicar que no es éste el caso de *inexistencia de otro medio judicial más idóneo* (CCBA, 14, I).

A propósito, tengo dicho también (ver los fallos citados) que el amparo no constituye un procedimiento residual, aprovechable para sustituir voluntariamente los procedimientos reglados por la ley procesal común, por decisión de cada una de las partes o del juez. Ello ha sucedido en este caso, por petición del demandado, acogida por los jueces, a pesar de la protesta del demandado, que no consintió esa

aplicación, según estimo, con razón evidente, pues la ilegitimidad que pretende la actora no resulta manifiesta, ni mucho menos.

6. Por las consideraciones que anteceden, propongo un dispositivo que propicie: *a)* hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad planteado por el GCBA; *b)* revocar la sentencia de fs. 315/317; *c)* rechazar la acción de amparo interpuesta por la señora Spinelli (art. 31, ley 402) y *d)* imponer las costas de todo el proceso en el orden causado.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. Adhiero a los sólidos fundamentos y la solución expuesta por el doctor Maier, que coincide —en lo pertinente— con las consideraciones expuestas en el voto que emití, conjuntamente con el doctor Casás, en la causa "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Akrich, Gustavo Raúl c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 4782/06, sent. del 29/11/2006.

2. En la citada causa "Akrich" sostuve que "...El carácter manifiesto de la ilegalidad o arbitrariedad de la conducta estatal lesiva, es el que permite justificar las limitaciones al ejercicio del derecho de defensa del órgano estatal demandado, impuestas por las reglas del amparo. Por ello, la arbitrariedad o ilegitimidad del acto u omisión no resultan suficientes; antes bien, la Constitución exige que aquéllas emerjan en forma "manifiesta", esto es, que surjan con evidencia del acto mismo. Si este recaudo no está presente, cualquiera que sea la fundabilidad, corrección o justicia de la pretensión, ella deberá tramitar por las vías ordinarias. No debe olvidarse que todo el sistema de acciones procesales —y no sólo la acción de amparo—, se dirige a efectivizar el derecho a acceder a la justicia y a garantizar la protección judicial efectiva de los derechos e intereses constitucionales, legales o reglamentarios que puedan asistir a las personas. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido de manera reiterada que: "El amparo es un proceso excepcional, utilizable en las delicadas y extremas situaciones en las que por carencia de otras vías aptas, peligra la salvaguarda de derechos fundamentales, y exige para su apertura circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas que ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios, originan un daño concreto y grave, sólo eventualmente reparable por esta vía urgente y expeditiva" (*Fallos*, 310, 576; 311:612, 1974 y 2319; 317:1128; 323:1825 y 2097; 325:396 y 328:1708, entre otros) (...) La constatación de la concurrencia de los presupuestos constitucionales del amparo, para admitirlo o para rechazarlo, exige de los jueces un juicio equilibrado que tenga en cuenta, principalmente, si la tramitación de la demanda mediante otro tipo de proceso (con las medidas cautelares que en ellos puedan requerirse) puede llevar a frustrar (y no meramente demorar) la tutela judicial del derecho o interés sobre la base del cual se acciona. En tal sentido es aplicable la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que afirma que el perjuicio que pueda ocasionar la dilación de los procedimientos ordinarios no implica una situación diferente a la habitual de

toda persona que peticiona en ellos el reconocimiento de sus derechos (*Fallos*, 297:93; 303:422; 310:340, entre otros). Conviene tener en cuenta que la decisión de tramitar y resolver un proceso por la vía del amparo tiene como consecuencia necesaria la postergación en la consideración y decisión de otros asuntos sometidos al conocimiento de los magistrados; es decir: la lista de asuntos a resolver se modifica (conf. art. 27, inc. 2º, CCAyT), se privilegia a los amparos y los demás quedan postergados (entre los que, habitualmente, también se encuentran casos en los que se reclama la satisfacción de derechos fundamentales). En suma, el instituto previsto en el art. 14 de la Constitución local y 43 de la nacional debe encontrar un cauce razonable, no pudiendo interpretarse en forma tan dilatada que se convierta en un dispositivo judicial apto para promover todo tipo de cuestiones. Vienen al caso las palabras de un reconocido jurista, quien — al señalar la línea que debería seguir una reforma de la ley que reglamenta el amparo— sostiene que no podría tratarse de "una ley apartada del espíritu mayoritario que inspiró genuinamente el art. 43 de la C.N., ni de otra que, pensándolo como panacea universal, o curalotodo tribunalicio, lo inflacione caóticamente; ni de una regla que sin responsabilidad alguna dibuje un amparo cuasimístico, mágico, estratosférico o quizás delirante, sino de un amparo realista, operativo, sensato, útil, proporcionado a las posibilidades ciertas del sistema judicial, y auténtico proceso eficiente, reservado para lo que constitucionalmente debe ser y no para decidir cualquier litigio..." (Sagüés, Néstor P.: *Derecho procesal constitucional. Logros y obstáculos,* Colección Estudios de Derecho Procesal Constitucional IV, dirigida por Julio B. J. Maier, Ad-Hoc, Buenos Aires, p. 245)…".

3. En el presente caso, como expuso acertadamente el doctor Maier, no se encuentra configurado el requisito constitucional de la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, que debe ser acreditado por el accionante, ya que sobre él recae la carga de la prueba.

La situación de la actora, relacionada con el GCBA mediante un contrato de locación de servicios, es *objetivamente diferente* al de aquellos empleados que integran los cuadros permanentes de la Administración Pública local, ya que se trata de regímenes distintos. Por lo tanto, si la actora pretendía ser beneficiada por las disposiciones en materia salarial incluidas en una norma —el dec. 583/05— aplicable a otro grupo de destinatarios distintos a ella, debió demostrar por qué su situación era equiparable.

O en tras palabras, si consideraba que la remuneración pactada en el contrato de locación de servicios firmado por la actora con el GCBA (ver fs. 24) devino injusta, debió haber alegado y probado las circunstancias de hecho y de derecho que permitían fundamentar su incorporación y/o equiparación a los sujetos incluidos en el Escalafón para el Personal de Planta Permanente de la Administración Pública del GCBA, aprobado por dec. 986/04, siendo insuficiente la sola acreditación de la similitud de tareas entre los distintos coordinadores de Defensorías Zonales de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el señor Fiscal General Adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar mal concedido* el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA a fs. 320/331.

2º. *Imponer* las costas al recurrente.

3º. *Mandar* que se registre, notifique y devuelva al tribunal remitente.

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

XXII

"MORAVITO, PILAR ROSA C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO DE ACLARATORIA: Programas sociales de carácter habitacional. Cómputo del plazo para el otorgamiento del subsidio.

SUMARIOS:

1. Cabe rechazar el recurso de aclaratoria cuando no persigue que el Tribunal corrija un error material, aclare un concepto oscuro, o salve una omisión de la sentencia, sino que, en realidad, pretende lograr una modificación de ese pronunciamiento, posibilidad que excede las previstas para este remedio procesal (arts. 216 y 149, inc. 2º, CCAyT). *(Voto de los señores jueces Ana María Conde, José O. Casás y Luis F. Lozano).*

Expte. nº 5033/06 - 27/2/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

La señora Pilar Rosa Moravito interpone recurso de aclaratoria contra la sent. del 11/12/2007, agregada a fs. 264/285, en cuya parte dispositiva el Tribunal, por mayoría, estableció "...*confirmar* las sentencias anteriores en cuanto ordenan al GCBA que 'brinde una adecuada cobertura de la emergencia habitacional a la actora y su grupo familiar' en el marco de los programas de emergencia habitacional, regulados actualmente por el dec. 690-GCBA/06".

La actora requiere que se determine expresamente el "modo de computar los plazos que contiene el dec. 690 en orden al otorgamiento del subsidio (...) a fin de evitar posteriores discusiones sobre el punto en desmedro de mis derechos fundamentales" (fs. 290/292).

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

La señora Pilar Rosa Moravito requiere que se aclare "...el momento a partir del cual deberán computarse las prestaciones previstas en el decreto (...) [690/06], de conformidad con el criterio seguido en el precedente 'Barrera'..." (fs. 290 vta.) al cual hacen referencia los votos de mis colegas que integraron la mayoría del Tribunal en la decisión de fs. 264/285.

La sentencia cuya aclaratoria se solicita fue dictada, como acabo de señalarlo por mayoría (voto de los jueces Conde, Casás y Lozano). En esa oportunidad me pronuncié en disidencia. Entiendo, por esta circunstancia, que no me corresponde ahora emitir opinión sobre los alcances de la decisión a la que finalmente se arribara.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

No hallo en la fórmula utilizada para definir la solución del caso (ver dispositivo a fs. 285.1) extremo alguno susceptible de ser corregido o aclarado, mucho menos en el sentido que pretende el recurrente, sentido que no me resulta comprensible. En consecuencia, y conforme a los recaudos para la procedencia del recurso analizado (ver art. 216, CCAyT), estimo que el pedido de aclaración formulado a fs. 290/292 resulta improcedente. Así lo voto.

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

1. El planteo formulado por la parte actora no persigue que el Tribunal corrija un error material, aclare un concepto oscuro, o salve una omisión de la sentencia de fs. 264/285, sino que, en realidad, pretende lograr una modificación de ese pronunciamiento, posibilidad que excede las previstas para el recurso de aclaratoria (arts. 216 y 149, inc. 2º, CCAyT) y hace improcedente el intentado en autos.

2. La recurrente sostiene que, para evitar discusiones posteriores en desmedro de sus derechos, "deberá aclararse (...) [e]l modo de computar los plazos que contiene el dec. 690 en orden al otorgamiento del subsidio". Funda su pedido en la congruencia que debería guardar el supuesto de autos con el precedente "Barrera", que fue aplicado por el Tribunal para resolver esta controversia, por estimar que guardaban similitud, aunque la identidad no era completa como lo señala la propia actora (fs. 291). Precisamente, para lo que ahora importa, en aquel pleito al momento de resolverse el recurso de inconstitucionalidad no había acuerdo entre las partes en relación con el carácter definitivo o cautelar que revestía la inclusión de la parte actora en el programa del dec. 690/06 (conf. punto 5 de los resultas). Por su parte, en autos surge de las audiencias en las que participó la actora y su representación letrada, que la señora Moravito y su grupo familiar "ha sido incorporada al programa del dec. 690/06 y se encuentra per-

cibiendo el beneficio" (fs. 225, 276 y 284). Esto basta para desacreditar la posibilidad de asimilar los casos analizados con el alcance que pretende la accionante.

En tal contexto, según fuera adelantado, la aclaratoria intentada pretende lograr una decisión que excede las cuestiones que el Tribunal estimó conducentes para resolver el recurso de inconstitucionalidad conforme a las circunstancias imperantes al momento de decidir el pleito.

3. De todos modos, parece oportuno señalar que los votos que integraron la mayoría consideraron que el beneficio del dec. 690/06 no puede reputarse agotado respecto de la actora y su grupo familiar.

Por lo demás, cabe agregar que la protección acordada a los derechos invocados por la actora, según surge del pronunciamiento de fs. 264/285, no podría reducirse exclusivamente a la verificación del consumo de las cuotas previstas para el programa que organiza el dec. 690/06 (conf. punto 4, séptimo párrafo, del voto conjunto de los doctores Conde y Casás y punto 4 del voto del doctor Lozano).

En consecuencia, corresponde rechazar el pedido de aclaratoria formulado a fs. 290/292.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. Rechazar el pedido de aclaratoria de la sentencia de fs. 264/285, formulado por la parte actora.

2º. Mandar que se registre y se notifique.

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

XXIII

"TRUJILLO, SILVIA NORA Y OTROS S/DAÑOS Y PERJUICIOS (EXCEPTO RESP. MÉDICA) S/RECURSO DE APELACIÓN ORDINARIO CONCEDIDO" EN EXPTE. Nº 6400/0 "TRUJILLO, SILVIA NORA Y OTROS C/GCBA Y OTROS S/DAÑOS Y PERJUICIOS (EXCEPTO RESP. MÉDICA)"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Requisitos. Acordada 4/07 CSJN. Cuestión federal. Derecho común. Cuestiones de hecho y prueba. Arbitrariedad de sentencia.

SUMARIOS:

1. Cabe denegar el recurso extraordinario federal si no se verificar la existencia de un caso federal, recaudo esencial para su procedencia, desde que, todas y cada

una de las normas invocadas por la recurrente y examinadas por el Tribunal, son de carácter local o común, circunstancia que impide el ejercicio del recurso previsto en el art. 14 de la ley 48. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

2. La cuestión federal no puede quedar amparada por la noción de arbitrariedad de la sentencia, causal que no tiene por finalidad abrir una nueva instancia ordinaria donde puedan discutirse cuestiones de hecho y prueba, ni la corrección de fallos equivocados o que se consideren tales, sino que sólo admite los supuestos de desaciertos u omisiones de gravedad extrema a causa de los cuales los pronunciamientos no pueden adquirir validez jurisdiccional. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, coincidente con el de los señores jueces Luis F. Lozano, José O. Casás y Ana María Conde).*

Expte. nº 4912/06 - 27/2/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

La codemandada Autopistas Urbanas S.A. interpuso recurso extraordinario federal (fs. 1946/1956 vta.) contra la sent. del 6/11/2007 (fs. 1856/1935), por la cual el Tribunal decidiera, en lo que aquí interesa, hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario. Corrido el traslado del recurso, la actora se opuso a su procedencia (fs. 1961/1966).

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

El recurso extraordinario federal incumple casi en su totalidad las pautas señaladas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su Acordada 4/07 para la admisibilidad de esa vía.

En efecto, el recurso: *a)* carece de: la carátula en hoja aparte exigida por la reglamentación y de los demás requisitos que esa pieza debe contener (conf. art. 2º, Acordada 4/07, CSJN); *b)* no demuestra —ya que sólo afirma— que la decisión apelada proviene del tribunal superior de la causa y que tenga carácter definitivo (conf. art. 3º, inc. a), Acordada 4/07, CSJN); *c)* no tiene precisión respecto de la oportunidad en que habría planteado una cuestión federal y tampoco de que la hubiera mantenido luego (conf. art. 3º, inc. c), Acordada 4/07, CSJN; y *d)* se limita a la cita de normas locales (decretos y resoluciones) sin transcribir su contenido ni período de vigencia, como lo exige el art. 8º de la Acordada 4/07, CSJN.

En consecuencia y por las razones expuestas voto por declarar inoficioso el recurso extraordinario federal interpuesto (conf. art. 11, Acordada 4/07, CSJN), con costas al recurrente.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Sin perjuicio de los óbices formales que señala el voto de la jueza de trámite, doctora Alicia E. C. Ruiz, que comparto, debo señalar que en autos tampoco se verifica la existencia de un caso federal, recaudo esencial para la procedencia del recurso extraordinario. En efecto, todas y cada una de las normas invocadas por la recurrente y examinadas por el Tribunal son de carácter local o común, circunstancia que impide el ejercicio del recurso previsto en el art. 14 de la ley 48.

En este punto, cabe consignar que la recurrente pretende que esa cuestión federal, ausente en el caso, quede amparada por la noción de *arbitrariedad* de la sentencia, con manifiesta omisión de la doctrina de este Tribunal que sobre el asunto consignó reiteradamente que la arbitrariedad no tiene por finalidad abrir una nueva instancia ordinaria donde puedan discutirse cuestiones de hecho y prueba, ni la corrección de fallos equivocados o que se consideren tales, sino que sólo admite los supuestos de desaciertos u omisiones de gravedad extrema a causa de los cuales los pronunciamientos no pueden adquirir validez jurisdiccional (conf. doctrina de la CSJN, *Fallos,* 323:3139, entre muchos otros).

Por lo demás, la admisibilidad del recurso extraordinario por arbitrariedad, establecida por la CSJN a partir del *Fallos,* 184:137, es estricta pues tiende a cubrir casos de carácter excepcional (*Fallos,* 312:246, 387, 608, entre otros). La impugnación efectuada sólo pone de manifiesto el desacuerdo del recurrente 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).

En consecuencia y por las razones expuestas voto por declarar inoficioso el recurso extraordinario federal interpuesto (conf. art. 11, Acordada 4/07, CSJN), con costas al recurrente.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Bajo la tacha de arbitrariedad, el recurso extraordinario federal articulado por la codemandada Autopistas Urbanas S.A, pretende reeditar el análisis de cuestiones de hecho, prueba y derecho común ajenas a la revisión de la CSJN en la vía intentada. En tales condiciones, corresponde denegarlo, con costas (art. 68 del CPCCN).

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Tal como lo sostienen mis colegas preopinantes, el recurso extraordinario federal interpuesto por Autopistas Urbanas S.A. no puede prosperar puesto que en modo alguno logra delinear un caso federal hábil para suscitar la competencia de excepción de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En rigor, el planteo de arbitrariedad de sentencia esgrimido por la recurrente sólo refleja su desacuerdo con lo decidido por la mayoría del Tribunal en el pronunciamiento del 6/11/2007 y su discrepancia con las razones de carácter no federal en que éste se funda, referidas exclusivamente a aspectos de hecho, prueba y derecho

común, sin advertir que la admisibilidad del recurso de marras por esta causal resulta estricta, pues únicamente atiende a supuestos y desaciertos de gravedad extrema cuando, a causa de ellos, esos fallos quedan descalificados como actos judiciales válidos (*Fallos,* 235:654; 244:384; 248:129; 294:376; 308:2351, 2456; 311:786; 312:246, 389, 608 y 323:2196, entre muchos otros).

Por ello, el recurso extraordinario federal debe ser denegado, con costas (art. 68, CPCCN).

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

Adhiero al voto de mi colega, el juez José O. Casás.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal interpuesto por Autopistas Urbanas S.A., con costas.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva como está ordenado a fs. 1935.

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

XXIV

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'ARANDA, ROQUE (LAVADERO RICHARD) C/GCBA (HOSPITALES 'CARLOS G. DURAND' Y 'PARMENIO PIÑEIRO') S/COBRO DE PESOS'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Requisitos. Acordada 4/07 CSJN. Cuestión federal. Cuestiones de hecho y prueba. Interpretación de normas infraconstitucionales. Arbitrariedad de sentencia.

SUMARIOS:

1. El recurso extraordinario federal debe denegarse si no se adecua a los incs. c), d) y e) del art. 3º del reglamento aprobado por la Acordada 4/07 de la CSJN, al no explicar el recurrente suficientemente de qué modo el pronunciamiento impugnado le ocasiona un gravamen personal, concreto, actual y no derivado de su propia actuación; ni demostrar la relación directa e inmediata entre lo debatido y resuelto en el caso y las normas federales invocadas. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

2. No cabe fundar la violación de los principios y garantías constitucionales en la referencia a cuestiones de hecho, prueba y derecho infraconstitucional sin acreditar que su merituación como fuera realizada en las instancias ordinarias genere un caso federal. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

3. La admisibilidad del recurso extraordinario federal por la causal de arbitrariedad 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. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhiere el señor juez José O. Casás).*

Expte. nº 5204/07 - 27/2/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

El GCBA (en adelante, indistintamente el "GCBA" o el "Gobierno") interpuso recurso extraordinario federal (fs. 215/226 vta. y anexo obrante a fs. 214/214 vta.) contra la resolución del Tribunal que rechazó la queja planteada a fs. 95/125 vta.

El señor Roque Aranda contestó el traslado del recurso extraordinario presentado por la demandada solicitando su rechazo, con costas (fs. 230/245).

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El Gobierno omite transcribir algunas de las normas jurídicas que cita y que no están publicadas en el Boletín Oficial de la República Argentina (ordenanza 44.485/90, resolución S.H. y F. 439/92 y art. 33 de la ley 402); tampoco indica su período de vigencia. No cumple, pues, con el art. 8º del reglamento aprobado por la Acordada 4/07 de la CSJN (en adelante, el "Reglamento").

2. El recurso extraordinario federal que luce a fs. 215/226 vta. tampoco se adecua a los incs. c), d) y e) del art. 3º del Reglamento.

En primer lugar, el recurrente no explica suficientemente de qué modo el pronunciamiento impugnado le ocasiona un gravamen personal, concreto, actual y no derivado de su propia actuación (art. 3º, inc. c] del Reglamento).

A fs. 219 vta./220 la demandada afirma que la decisión cuestionada "obliga a abonar a la actora una suma no reclamada ni determinada en la demanda al GCBA, afectando su derecho de defensa en juicio y de propiedad". Sin embargo, este señalamiento no basta para acreditar que la sentencia del Tribunal le cause a la accionada el gravamen mencionado en el párrafo anterior.

Asimismo, el GCBA no se hace cargo de cada uno de los fundamentos independientes que dan sustento a la decisión apelada en los términos del art. 3º, inc. d)

del Reglamento. El escrito de fs. 215/226 vta. no critica adecuadamente la sentencia dictada por el Tribunal que por mayoría consideró que no se había presentado un caso constitucional.

Por otra parte, la Ciudad no logra demostrar la relación directa e inmediata entre lo debatido y resuelto en el caso y las normas federales invocadas, tal como lo exige el art. 3º, inc. e) del Reglamento.

El Gobierno aduce que la sentencia del Tribunal lesionó su derecho de defensa, su derecho de propiedad así como el derecho de igualdad de las partes, y también sostiene que el fallo atacado no tuvo en cuenta el precedente dictado por la CSJN en los autos "Ingeniería Omega Sociedad Anónima c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires" (*Fallos,* 323: 3924) y que resulta arbitrario.

Para fundar la violación de los principios y garantías indicados, el recurrente se refiere a cuestiones de hecho, prueba y derecho infraconstitucional sin acreditar que su merituación como fuera realizada en las instancias ordinarias genere un caso federal.

3. Por lo expuesto, y de conformidad con lo prescripto por el art. 11 del Reglamento, el recurso de fs. 215/226 vta. debe ser desestimado por inoficioso, con costas a la parte vencida. Así lo voto.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

En verdad, el recurso extraordinario se constriñe a afirmar que la sentencia del tribunal anterior en grado lesionó su derecho de defensa en juicio, así como la garantía de la propiedad y el derecho a la igualdad de ambas partes. Esto es, en modo alguno define la relación directa entre los decidido y lo resuelto por el tribunal de grado, o sea: la trasgresión que postula; con el agravante de que, cuando lo intenta, refiere esas violaciones a cuestiones de hecho y prueba y derecho de carácter infraconstitucional. Todo ello configura un cuadro jurídico dentro del cual no se aprecia ni se advierte que exista una cuestión federal que deba ser atendida.

En tales condiciones resulta atinado, a fin de evitar reiteraciones innecesarias, remitir y hacer propia la argumentación contenida en el voto de la señora jueza de trámite, doctora Ruiz, en cuanto con fundamento en la inobservancia del Reglamento de la CSJN establecido mediante Acordada 4/07, decide desestimar por inoficioso el recurso extraordinario bajo examen e imponer la costas del recurso al GCBA.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. El recurso extraordinario federal cumple con los requisitos de tiempo y forma exigidos ritualmente. Sin embargo, no puede prosperar.

2. El Tribunal Superior de Justicia rechazó el recurso de queja interpuesto por el GCBA por dos razones: *a)* por considerar que la exigencia del planteo de la cuestión constitucional no se verificaba en autos y *b)* por entender que la tacha de arbitrariedad carecía de sustancia.

Ninguna de estas razones es rebatida en el recurso extraordinario federal.

3. En efecto, el recurrente se limita a reseñar, de forma parcial, sus presentaciones anteriores y la resolución del Tribunal y a discrepar con sus fundamentos: insiste con los agravios referidos a la indemnización otorgada a favor del señor Aranda por enriquecimiento sin causa y, si bien cita distintos principios y garantías constitucionales que entiende lesionados, lo cierto es que no expresa la necesaria relación directa e inmediata con lo decidido por este Tribunal en la sentencia que rechazó la queja y no controvierte sus fundamentos sobre esa base. De manera que el contenido del presente recurso remite, una vez más, a cuestiones de hecho, prueba y derecho local; todo lo cual es ajeno a la materia propia remedio intentado.

Al respecto, la Corte Suprema de la Nación ha establecido que no procede el recurso extraordinario que, fundado en presuntos quebrantamientos a principios y garantías constitucionales, sólo plantea cuestiones de hecho que no guardan relación directa e inmediata con los artículos invocados de la Constitución nacional (*Fallos,* 300:130).

4. En cuanto a la alegada arbitrariedad, cabe recordar que la admisibilidad del recurso por esta causal 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).

En el caso, los agravios reiteran lo expresado con anterioridad en el recurso de queja y sólo traducen la disconformidad con la interpretación de los hechos y las normas locales en juego y con la valoración de la prueba aportada en la causa que constituyen el fundamento del decisorio.

5. Por las razones dadas, voto por denegar el recurso extraordinario federal planteado. Las costas se imponen a la vencida, por aplicación del principio objetivo de la derrota, y por no mediar en esta ocasión circunstancias que justifiquen apartarse de él (art. 68, CPCCN).

El juez Luis F. Lozano dijo:

El recurso extraordinario federal articulado por la demandada busca obtener la revisión de una sentencia que no reviste el carácter de definitiva ni el de equiparable a tal. De todos modos, ese pronunciamiento encuentra apoyo en normas de índole local y de derecho común (v. gr. régimen de contratación administrativa e instituto del enriquecimiento sin causa) así como en la valoración de cuestiones de hecho y prueba, que fundan la solución impugnada de modo suficiente e independiente de las cláusulas constitucionales invocadas (arts. 17 y 18 de la C.N.) que, por tanto, carecen de relación directa con la decisión atacada.

Por ello, corresponde denegar el recurso extraordinario planteado a fs. 215/245, con costas (art. 68 del CPCCN).

El juez José O. Casás dijo:

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

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal interpuesto por el GCBA, con costas.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva como está ordenado a fs. 209.

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

XXV

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

RECURSO DE QUEJA. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Sentencia equiparable a definitiva. DENEGATORIA DEL FUERO FEDERAL: Caso constitucional. Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Juez natural. Debido proceso. Autonomía de la Ciudad de Buenos Aires. Contrato de concesión. Competencia del fuero nacional en lo contencioso administrativo federal.

SUMARIOS:

1. Si bien, por regla general, las decisiones en materia de competencia no constituyen sentencia definitiva, aquellas resoluciones que deniegan el fuero federal —supuesto distinto a la denegatoria del fuero nacional ordinario— constituyen sentencias equiparables a definitivas. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhiere el señor juez José O. Casás).*

2. Tanto la ley especial (ley 210) como las leyes generales (leyes 7 y 189) le confieren competencia a la Justicia Contencioso Administrativa local para entender en aquellas causas en las que se cuestionan decisiones del Ente Único Regulador de Servicios Públicos, y ello es conteste con la forma de Estado federal consagrada en la Constitucional Nacional (art. 1º, C.N.) y el respeto a la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires (art. 129, C.N.), disposiciones en virtud de las cuales aquellos actos administrativos de la Administración Pública porteña deben ser cuestionados ante el Poder Judicial del mismo Estado local, máxime cuando se trata de una relación de derecho público local, como lo es el ejercicio del poder de policía. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhiere el señor juez José O. Casás).*

3. La competencia del fuero en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires no obsta lo pactado en el art. 23 del contrato de concesión,

según el cual a todos los efectos derivados de él las partes se someten a la jurisdicción de los tribunales del fuero nacional en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal, con exclusión de todo otro fuero o jurisdicción, porque dicho contrato de concesión fue firmado por el Estado nacional —a través de su Ministro de Economía y Obras y Servicios Públicos—, en calidad de concedente, y Metrovías S.A., y en tanto partes del contrato, sólo a ellas pueden obligar sus cláusulas (conf. art. 1197, Cód. Civil), sin que puedan oponerse a terceros ajenos al contrato, como lo es la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (conf. art. 1199, Cód. Civil). *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhiere el señor juez José O. Casás).*

4. Entre una multa retributiva, impuesta en sede local, y las sanciones disponibles para la autoridad nacional, destinadas a asegurar el funcionamiento del servicio público conforme a las condiciones que habilitan su prestación, no se verifica la identidad exigida para tener por configurado un supuesto de doble sanción ilegítima como pretende la recurrente para fundar la competencia federal que reclama. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

5. La decisión que deniega el fuero federal es asimilable a sentencia definitiva a los efectos de la admisibilidad del recurso extraordinario federal, pero dicha excepción no es aplicable al juicio de admisibilidad formal del recurso de inconstitucionalidad local, pues la equiparación a sentencia definitiva sólo se justifica cuando la decisión recurrida sustrae definitivamente la causa de la jurisdicción local. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

6. La sentencia que resuelve un problema de competencia, ya por incidente, ya de oficio, cuando quien lo decide tiene facultad para ello, no es, en caso alguno o, cuando menos, por regla, una sentencia definitiva. *(Voto en disidencia del señor juez Julio B. J. Maier).*

Expte. nº 5449/07 - 27/2/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La empresa Metrovías S.A. dedujo mediante apoderados, recurso directo de apelación ante la Sala I de la Cámara CAyT de la Ciudad (fs. 554/580) contra la resol. 17/EURSPCABA/06 emitida por el Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por considerar que "la misma es nula de nulidad absoluta y manifiesta por adolecer de vicios esenciales en su competencia, (...) en su causa y en su procedimiento, así como por violar el principio del 'respeto de los propios actos' y los correspondientes al derecho administrativo sancionador...". Señala que si bien se presenta conforme lo exige el art. 21 de la ley 210 —reguladora del Ente Único Regulador de los Servicios Públicos—, solicita como cuestión de previo y especial pronunciamiento la declaración de incompetencia del fuero Contencioso Administrativo de la Ciudad y que se giren las actuaciones a la justicia federal en lo Contencioso Administrativo. Considera que mientras la

resolución cuestionada sanciona a Metrovías por supuestos incumplimientos del contrato de concesión, el art. 23 del propio contrato de concesión establece que a los efectos derivados del contrato, las partes se someten a la jurisdicción Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal, con exclusión de otro fuero o jurisdicción.

Asimismo, solicita la citación del Estado nacional —por considerar que la concesión de la que es titular es una concesión nacional de carácter federal—, y la suspensión de los efectos del acto cuestionado, de acuerdo con el art 189, CCAyT.

2. La Sala I de la Cámara CAyT consideró que la causa versa sobre la impugnación de un acto administrativo emanado de una autoridad administrativa del Estado local, por lo que rechazó el planteo de incompetencia. Además, concedió la medida cautelar solicitada y declaró, de oficio, la inconstitucionalidad del art. 22, inc. 5º, de la ley 210 que exige, implícitamente, el pago previo de la multa cuestionada (fs. 582/592).

3. Contra esa decisión Metrovías interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 593/600), que previa contestación por el GCBA (fs. 626/630) fue denegado por la Cámara (fs. 602/602 vta.) por considerar que el fallo no reúne la condición de definitivo en relación a ninguna cuestión constitucional y la apelante no demostró que la resolución le ocasione un perjuicio irreparable.

4. Metrovías dedujo el recurso de queja previsto en el art. 33 de la ley 402 (fs. 611/619). Requerido su dictamen, el Fiscal General Adjunto propuso el rechazo de la queja (fs. 636/638).

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. El recurso de queja interpuesto por Metrovías fue deducido en legal tiempo y forma (art. 33, LPTSJ) y, como veremos a continuación, cuestiona una sentencia equiparable a definitiva y plantea adecuadamente un caso constitucional, lo que justifica la apertura de la queja y el tratamiento del pertinente recurso de inconstitucionalidad.

a) Si bien, por regla general, las decisiones en materia de competencia no constituyen sentencia definitiva, aquellas resoluciones que deniegan el *fuero federal* —supuesto distinto a la denegatoria del *fuero nacional ordinario*— constituyen sentencias equiparables a definitivas, como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en diversos fallos (*Fallos,* 281:311; 303:235; 303:1542; 304:1154; 306:2101; 311:430, 605 y 1232, entre otros).

b) Asimismo, en cuanto a la configuración del "caso constitucional" requerido por el art. 27 de la ley 402, la recurrente cuestiona la aplicación al caso del art. 21 de la ley 210, y considera que la decisión de la Cámara

afecta sus derechos constitucionales a la defensa en juicio y el debido proceso (arts. 18, C.N. y 13, CCBA), porque contradice lo dispuesto por el art. 23 del contrato de concesión. Su esfuerzo argumental, si bien no es contundente —como veremos más adelante—, es suficiente para ser tratado en esta instancia, ya que obliga a expedirse sobre la garantía constitucional del "juez natural", piedra angular del debido proceso.

2. En cuanto al recurso de inconstitucionalidad, como cuestión liminar cabe diferenciar claramente dos cuestiones: *a)* la competencia del ente regulador para dictar el cuestionado acto administrativo sancionatorio, y *b)* la competencia de la justicia local para entender en el presente caso.

En esta oportunidad no corresponde emitir opinión alguna sobre a) si el ente regulador era o no competente para sancionar a Metrovías por el incumplimiento de obligaciones asumidas como operador del servicio público de transporte subterráneo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ya que ello se dilucidará al dictar la sentencia definitiva, de manera tal que *a los efectos de resolver el presente recurso ninguna incidencia tiene, y por ende no corresponde analizar la normativa local y federal referida al poder de policía en la citada materia.*

En esta instancia lo que debemos determinar es *b)* cuál es el juez competente para tramitar la pretensión deducida en autos, y lo que determinará dicha competencia es la forma en que fue planteada la pretensión, que es la que fija el *objeto* del proceso (conf. Palacio, Lino E.: *Manual de derecho procesal civil*, 17ª ed. actualiz., p. 194, LexisNexis, Buenos Aires, 2003; art. 5º, CPCCN, ley ritual aplicable en el fuero federal que ambiciona la recurrente).

Y la pretensión deducida por Metrovías se orienta a obtener la declaración de nulidad de la resol. 17-EURSPCABA/06 emitida por el Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por distintos defectos que individualiza (ver fs. 554).

3. Tal como ha sido planteada dicha pretensión, resulta aplicable el art. 21 de la ley 210, que establece, en lo pertinente, que "las decisiones de naturaleza jurisdiccional del Ente y sus actos sancionatorios son apelables (...) mediante recurso directo ante la Cámara en lo Contencioso Administrativo de la Ciudad...".

Por otra parte, el art. 48 de la ley 7 —Ley Orgánica del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires— establece que la justicia en lo Contencioso Administrativo y Tributaria entenderá en todas las cuestiones en que la Ciudad sea parte, cualquiera fuera su fundamento u origen, tanto en el ámbito del derecho público como del derecho privado.

La ley 189 precisa el alcance de esta disposición, al determinar que "son causas contencioso-administrativas a los efectos de este Código todas aquellas en que una autoridad administrativa, legitimada para estar en juicio, sea parte..." (art. 2º), y "se consideran autoridades administrativas de la Ciudad de Buenos Aires la Administración pública centralizada, desconcentrada y *descentralizada*, los órganos legislativo y judicial de la Ciudad de Buenos Aires, en ejercicio de la función admi-

nistrativa y los entes públicos no estatales o privados en cuanto ejerzan potestades públicas otorgadas por las leyes de la Ciudad de Buenos Aires" (art. 1º —la negrita no se encuentra en el original—). El Ente Único Regulador de Servicios Públicos se encuentra alcanzado por estas normas, ya que es un ente autárquico, integrante de la Administración Pública descentralizada (conf. art. 1º de la ley 210).

Es decir, tanto la ley especial (ley 210) como las leyes generales (ley 7 y 189) le confieren competencia a la justicia Contencioso Administrativa local para entender en aquellas causas en las que se cuestionan decisiones del Ente Único Regulador de Servicios Públicos, y ello es conteste con la forma de Estado federal consagrada en la Constitucional Nacional (art. 1º, C.N.) y el respeto a la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires (art. 129, C.N.), disposiciones en virtud de las cuales aquellos actos administrativos de la Administración Pública porteña deben ser cuestionados ante el Poder Judicial del mismo Estado local, máxime cuando se trata de una relación de derecho público local, como lo es el ejercicio del poder de policía.

4. No obsta a dicha conclusión lo pactado en el art. 23 del contrato de concesión, según el cual "A todos los efectos derivados del presente contrato las partes se someten a la jurisdicción de los tribunales del Fuero Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal, con exclusión de todo otro fuero o jurisdicción".

En primer lugar, dicho contrato de concesión fue firmado por el Estado nacional —a través de su Ministro de Economía y Obras y Servicios Públicos—, en calidad de concedente, y Metrovías S.A., en calidad de concesionaria. Y como lo consagran las normas referidas a los contratos contenidas en el Código Civil, aplicables analógicamente a la contratación administrativa, el Estado nacional y Metrovías son las partes del contrato, y sólo a ellas pueden obligar las cláusulas del mismo (conf. art. 1197, Cód. Civil), sin que puedan oponerse a terceros ajenos al contrato, como lo es la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (conf. art. 1199, Cód. Civil).

La intervención que ha tenido en el contrato la ex Municipalidad de la Ciudad, a través del por entonces intendente municipal, ha sido la de mero espectador, por lo tanto, y al no ser parte, no ha tenido facultad jurídica ni para modificar, ni para aceptar, ni para rechazar ninguna cláusula del mismo, lo cual no genera compromiso alguno a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en su carácter de continuadora de la ex Municipalidad, en lo relativo al ámbito jurisdiccional acordado.

Y en segundo lugar, luego de la firma del contrato de concesión (el 25/11/1993), fueron dictadas la reforma de la Constitución Nacional (en 1994) y la sanción de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en 1996), que operaron un cambio fundamental en el esquema federal, con la consagración de la autonomía porteña. Ello significó conferirle a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la facultad de organizar sus propias instituciones, y en tal sentido creó su Poder Judicial y le precisó el ámbito de su competencia, entre la que se encuentra entender en las acciones judiciales que cuestionen actos dictados por el Ente Único Regulador de Servicios Públicos.

5. Las demás cuestiones planteadas en el recurso de inconstitucionalidad (si se trata de una demanda o de un recurso y si Metrovías consintió o no la jurisdicción del tribunal *a quo*) no son eficaces para modificar el criterio señalado en los puntos precedentes en cuanto a la cuestión central decidida por la Cámara.

6. Por todo lo expuesto, voto por admitir la queja, devolver el depósito efectuado, y rechazar el recurso de inconstitucionalidad. Las costas se imponen a la vencida, por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 62, primer párrafo, CCAyT).

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Adhiero al voto de la señora jueza de trámite, doctora Ana María Conde, en tanto expresa acabadamente los fundamentos por los cuales corresponde admitir la queja y rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por Metrovías S.A, con costas.

En efecto, tal como lo subraya mi distinguida colega, ésta no es la oportunidad para emitir opinión sobre si el Ente Único Regulador de los Servicios Públicos de la Ciudad era o no competente para sancionar a Metrovías por los presuntos incumplimientos que dieron lugar a la multa impugnada. Lo que aquí se dilucida es qué tribunal resulta competente para tramitar la pretensión de autos, que tiene por objeto cuestionar la validez de un acto administrativo emanado de una autoridad administrativa local —resol. 17-EURSCABA/06 del Ente Único Regulador de los Servicios Públicos de la Ciudad—. Y, como fuera destacado, el proceso expresamente previsto a tal fin es aquel dispuesto en el art. 21 de la ley local 210.

Así lo voto.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Las resoluciones que deciden cuestiones de competencia, por regla, no constituyen sentencia definitiva a los efectos del recurso de inconstitucionalidad. En cambio, es equiparable a tal, la resolución que suponga sustraer una causa de la jurisdicción local (conf. TSJBA *in re* "GCBA c/Soto, Alberto Sabino s/recurso de queja s/sumarísimo", expte. nº 726/00, resolución del 21/3/2001). También lo sería aquella que importe la denegatoria del fuero federal, porque su eventual revisión por la CSJN en la vía extraordinaria exige que el debate sobre el punto fenezca ante el Superior Tribunal de la jurisdicción local (*Fallos,* 306:480 y 311:2478).

Desde su primer presentación, Metrovías S.A. postuló la competencia del fuero nacional en lo Contencioso Administrativo Federal para intervenir en autos, planteo que fue rechazado por la resolución de fs. 582/592 y que, ante la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad articulado en su contra, originó esta queja. Así entonces, por estar controvertido un pronunciamiento que denegó el fuero federal invocado por la actora, corresponde equiparar esa sentencia a una definitiva, admitir la queja y resolver el recurso de inconstitucionalidad de fs. 593/600.

2. Ante todo, cabe recordar que, a los efectos de dilucidar cuestiones de competencia, debe atenderse a la exposición de los hechos que el actor hace en la

demanda, y después, sólo en la medida que se adecue a ellos, el derecho que se invoca como aplicable al caso (conf. mi voto *in re* "Auditoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/Coordinación Ecológica Área Metropolitana Sociedad del Estado (CEAMSE) s/acción meramente declarativa", expte. nº 3944/05, resolución del 30/11/2005 y *Fallos,* 324:2031, entre muchos otros).

En el *sub lite* la recurrente articuló el recurso directo previsto por el art. 23 de la ley 210, a fin de impugnar la resol. 17-EURSPCABA/06, por medio de la que el Ente Único Regulador de los Servicios Públicos de la CABA había sancionado a Metrovías S.A con una multa de $ 201.200 "por los incumplimientos constatados en los plazos de reparación de la escalera mecánica de la estación Piedras (...) y en la escalera mecánica de la estación Congreso", durante los períodos que identificó, y bajo la invocación de los arts. 2º, 3º, 20 y 22 de la ley 210, arts. 15 y 16 de la ley 757 y art. 47 de la ley 24.240. Para lo que ahora importa, solicitó como cuestión de previo y especial pronunciamiento la declaración de competencia de los "tribunales federales en tanto (...) son ellos quienes deben analizar el cumplimiento o incumplimiento del contrato de concesión" (fs. 595). También requirió la citación del Estado nacional y objetó la validez de la resolución 17/2006, entre otros motivos, por ausencia de competencia del órgano emisor para imponer la sanción allí dispuesta. Finalmente pidió el dictado de una medida cautelar para suspender los efectos de la resolución impugnada (fs. 554/580).

3. Por su parte, también corresponde señalar que a fin de decidir la radicación de las causas en las que estuviera de algún modo involucrado el servicio de subterráneos que opera en esta ciudad, cuando la competencia quedara disputada entre la justicia de la CABA y la federal, la CSJN tiene dicho que corresponde intervenir a esta última si "(...) a los efectos de resolver la pretensión de la actora, será necesario examinar las disposiciones que rigen la concesión del servicio y verificar el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la demandada" [en el caso, la concesionaria] (*Fallos,* 328:2716).

Bajo las pautas enunciadas, que por lo demás coinciden con las que había establecido este Tribunal —aunque luego el precedente fuera revocado al diferir la CSJN en cuanto a su aplicación a los hechos de la controversia, por los alcances que ese estrado atribuyó a la pretensión en juego—, corresponde resolver los planteos formulados (conf. TSJBA *in re* "Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado" en: "Asociación Vecinal Belgrano 'C' Manuel Belgrano y otros c/GCBA y otro s/amparo", expte. nº 1201/01, resolución del 10/9/2003).

4. En autos se controvierte, según la exposición de los hechos formulada por Metrovías S.A., la validez de un acto administrativo emanado del EURSP de la CABA que buscó apoyo en normas de carácter local y en el régimen que la ley 24.240 regula para ser aplicado por las provincias y la CABA.

En efecto, para lo que ahora importa, la resolución impugnada para arribar a la sanción en cuestión, analizó "los alcances del poder de policía local sobre los servicios públicos" que según explicó, en la visión tradicional, se proyectan "en

materia de moralidad, de salubridad y de seguridad". A su vez, señaló que en relación con "la defensa y protección de los derechos de (...) usuarios y consumidores, de la competencia y del medio ambiente" el ente podría actuar "en forma concurrente con otras jurisdicciones". También pasó revista de la normativa local que enmarca las funciones de policía de la CABA y las del órgano regulador (v. gr. arts. 80, 46, 104 y 138 de la CCBA y leyes 210, 757 y 899), en especial recordó que la Ley de Defensa del Consumidor establece en su art. 41 que "las provincias y la Ciudad de Buenos Aires actuarán como autoridades de aplicación local respecto de los hechos sometidos a su jurisdicción". Así, la resolución 17/2006 concluyó que "de la interpretación armónica de la normativa citada surge que al Ente Único Regulador de los Servicios Públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (...) le corresponde ejercer ese poder de policía en lo que hace al control, seguimiento y resguardo de la calidad de los servicios públicos" bajo su control porque, además, es autoridad de aplicación de la ley nacional 24.240. También formuló referencias al contrato de concesión así como a las potestades de control que la CABA tendría a su cargo.

Sin embargo, a criterio de la recurrente, el pleito, en razón de la materia y lo dispuesto por el contrato de concesión del servicio, corresponde a la jurisdicción federal. En tal sentido Metrovías S.A, argumentó que "la concesión de la que es titular (...) es una Concesión Nacional, en la que el Estado nacional reviste la condición de Concedente y todo el marco normativo que regula la misma se mantuvo en ese ámbito" así como que el Estado nacional conserva el control de la Concesión hasta tanto se cumplan los actos de transferencia a la Ciudad, lo cual al presente aún no ha sucedido" (fs. 595 vta./596). Finalmente, dijo que para analizar la cuestión de fondo sería necesario examinar las disposiciones que rigen la concesión del servicio y verificar el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la demandada, circunstancia que conforme al precedente de la CSJN que cita en su apoyo, correspondería declinar la competencia a favor del fuero federal (fs. 597).

5. A esta altura del proceso, y a los efectos de resolver el planteo de incompetencia, adelanto que los argumentos de la recurrente no logran demostrar que la decisión de autos, vinculada con la validez o invalidez de un acto administrativo de carácter local, verse sobre materia federal, remita a la aplicación de normas federales, o requiera analizar el contrato de concesión y su cumplimiento. Tampoco que controlar el alcance atribuido al poder de policía ejercido mediante la resolución atacada exceda el ámbito normativo local que el Poder Judicial de la CABA debe aplicar para resolver las controversias sometidas ante sus tribunales (arts. 129, C.N. y art. 106 de la CCBA). Metrovías S.A. postula que todo ejercicio de control sobre el servicio que presta comprometería la interpretación del contrato, sin advertir la diferencia que existe entre interpretar un contrato y ejercer potestades sancionatorias —originadas en el poder de policía o en el régimen de consumidores y usuarios— que toman al contrato como antecedente, no indica de qué modo la resolución del EURSPCABA avanzó sobre la interpretación del contrato de concesión ni por qué idéntica necesidad pesará sobre los jueces que revisen la multa cuestionada.

Aunque las escaleras mecánicas permiten acceder al subterráneo, ellas no constituyen en sentido estricto el servicio público que consiste en circular por las vías, y la recurrente omite acreditar cómo la multa impuesta por presuntos desperfectos verificados en esos medios de acceso afectaría la normal prestación del servicio. Tampoco por qué ese desperfecto no configuraría un hecho sometido a la jurisdicción local a los efectos del poder de policía en general o del régimen organizado por la ley 24.240.

En realidad, la tesis de la recurrente parecería postular, con carácter absoluto y automático, la repugnancia efectiva entre toda manifestación del poder de policía local que alcance alguna circunstancia conexa al servicio de transporte subterráneo, y las potestades del Estado nacional en su carácter de concedente del servicio aludido. Sin embargo, el planteo formulado —analizada la cuestión bajo las reglas aplicables a los establecimientos de utilidad nacional— para progresar debería demostrar, por un lado, que las potestades concurrentes que invoca la autoridad local, no existen, o que su ejercicio interfiere de modo concreto con la normal prestación del servicio de que se trata. Por otro lado, de todos modos, habría que distinguir entre lo que se refiere a la legitimidad de la sanción y lo que atañe a la competencia del Estado cuyos jueces deben controlar el acto impugnado.

En línea con lo dicho, en ocasión de expedirme sobre la existencia de centros inmunes al poder de policía local sostuve que "los poderes de la Nación y los de las entidades políticas locales con facultades propias de legislación y jurisdiccionales conviven sobre el mismo territorio,[6] aun el de la Capital Federal cuya legislatura es la de la Ciudad y no el Congreso (cláusula transitoria séptima de la C.N.), con excepción de aquellas ocasiones en que un poder está previsto como privativo (imposición aduanera, para la Nación, u organización judicial local, para los gobiernos locales, p. ej.) o cuando, por razones de hecho, el ejercicio superpuesto es imposible, en cuyo caso prevalece el de la Nación (doctrina sentada *in re* 'Mc Culloch v. Maryland' [17 U.S. 316, 1819], y recogida por la CSJN en *Fallos,* 240:311; 305:1381; 306:1883; 308:403 y 647; 314:1425; 315:751, entre otros)" (v. mi voto *in re* "Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/inf. falta de habilitación y otros'", expte. nº 4808/06, resolución del 20/12/2006).

6. La recurrente no acredita por qué las cuestiones que involucra este proceso constituirían materia exclusiva de la justicia federal. En particular, Metrovías S.A. no explica por qué la sanción impuesta excedería las atribuciones derivadas del poder de policía propio de la CABA, o cómo la potestad ejercida en el marco de la ley 24.240 quedaría ilegítimamente superpuesta con idéntico control proveniente de la órbita federal (v. art. 41 de la norma mencionada). Tampoco muestra que el

[6] *Art. 75, inc. 30.* — "...Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines".

contrato de concesión invocado excluya el control que el legislador nacional reguló en defensa de consumidores y usuarios (cuya aplicación incumbe a autoridades locales), ni que el concedente hubiera ejercido, dentro del marco contractual, una potestad que pueda ser asimilada a la ejercida en la resolución impugnada. Entre una multa retributiva, impuesta en sede local, y las sanciones disponibles para la autoridad nacional, destinadas a asegurar el funcionamiento del servicio público conforme a las condiciones que habilitan su prestación, no se verifica la identidad exigida para tener por configurado un supuesto de doble sanción ilegítima como pretende la recurrente para fundar la competencia federal que reclama (fs. 597 vta./598). En realidad, su argumento, no resuelve el problema de la competencia sino de la legitimidad de la sanción, esto es, no versa acerca de qué juez debe expedirse sino acerca de cómo corresponde hacerlo. Ello así, las resoluciones de la Comisión Nacional de Regulación del Transporte, vinculadas con la evaluación del "Índice de Calidad de Escaleras Mecánicas" no proyectan consecuencia alguna en torno a la excepción de incompetencia bajo estudio.

Nuevamente, a esta altura cuanto menos, las alegaciones de la recurrente no pasan de ser una invocación genérica del contrato de concesión para reclamar una inmunidad que, en relación con el tema que nos ocupa (v. gr. competencia del Poder Judicial de la CABA para intervenir en autos), no prueba haber recibido ni de la ley ni del contrato y que ella no podría atribuirse. También en este punto, los argumentos que invoca Metrovías S.A. no son conducentes para dirimir la competencia discutida sino, en todo caso, para resolver la pretensión de fondo.

7. El ejercicio de la competencia jurisdiccional aludida, ciertamente no impedirá la revisión de las cuestiones federales que Metrovías S.A. estimara configuradas, mediante el recurso previsto en el art. 14 de la ley 48 que, cumplidos los recaudos pertinentes, permitiría a la CSJN neutralizar desbordes de los poderes locales en desmedro de potestades conferidas al gobierno nacional.

8. En las condiciones indicadas, habiendo puesto la recurrente en tela de juicio un acto administrativo local dispuesto, según el EUSPCABA, en uso del poder de policía conferido por la CCBA, sus leyes reglamentarias, y las normas que regulan los derechos de usuarios y consumidores, no surge de la pretensión esgrimida cuál sería la relación jurídica que involucra al Estado nacional que justifique citarlo al juicio. Por el momento, los argumentos de Metrovías S.A. no muestran que la sanción resistida colida con poderes ejercidos por autoridades nacionales, o que ella pudiera tener impacto sobre eventuales compensaciones a cargo del Estado nacional, como esa parte pretende en su recurso (fs. 597 vta./598). A este respecto, las críticas de la recurrente, en todo caso, conjeturan perjuicios económicos que no provendrían del ejercicio del poder de policía resistido, sino de uno posterior como lo sería la potestad de ejecutar la multa. En esa oportunidad, corresponderá, si fuera el caso, analizar la existencia de un gravamen concreto que pudiera impactar sobre la competencia de la justicia local para intervenir en el asunto suscitado por la mentada ejecución.

De todos modos, cabe recordar que la jurisdicción local otorgó una medida cautelar que suspende la ejecutoriedad de la sanción y el consiguiente deber de depositar el importe aludido.

Finalmente, ante la ausencia de elementos que permitan conectar los agravios de la actora en relación con la sanción impugnada y la ejecución del contrato de concesión a cargo de Metrovías S.A., pierde sustento la necesidad, invocada por la recurrente, de citar al Estado nacional para que "la sentencia que en el presente caso se dicte, una vez firme, le sea oponible tanto a la Comisión Nacional de Regulación del Transporte (...) como a la Secretaría de Transporte de la Nación (...)" (fs. 577).

En consecuencia, y sin que los fundamentos expuestos impliquen expedirse con un alcance mayor que el requerido para resolver las cuestiones de previo y especial pronunciamiento planteadas por Metrovías S.A., corresponde admitir la queja y rechazar el recurso de inconstitucionalidad. Las costas se imponen a la vencida, por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 62, primer párrafo, CCAyT).

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La queja presentada por Metrovías S.A. (en adelante, "Metrovías") cumple con sus correspondientes requisitos de tiempo y forma. Sin embargo, no puede prosperar dado que el recurso de inconstitucionalidad al que viene a sostener no se dirige contra una sentencia equiparable a definitiva.

2. La Cámara resolvió no conceder el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la decisión que desestimó el planteo de incompetencia efectuado por la actora.

Los jueces entendieron que el pronunciamiento impugnado no reunía la condición de definitivo con relación a ninguna cuestión constitucional dado que estaba dirigido contra la declaración de competencia realizada en autos por la Sala I. Agregaron que la recurrente tampoco había demostrado que la resolución atacada le ocasionara un perjuicio irreparable que hubiera permitido su equiparación a una sentencia definitiva.

3. Metrovías sostiene que el auto denegatorio obrante a fs. 602 y vta. es arbitrario por basarse en afirmaciones dogmáticas. Argumenta que los magistrados eludieron analizar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que entiende que la denegatoria del fuero federal lesiona el derecho de defensa en juicio y de debido proceso, generando un agravio de insuficiente o imposible reparación ulterior. Insiste en que esa doctrina permite asimilar la sentencia de la Sala I a un pronunciamiento definitivo a los efectos del recurso de inconstitucionalidad local.

4. La denegatoria del fuero federal en que Metrovías pretende fundar la equiparación a sentencia definitiva de la sentencia recurrida no es un argumento viable en el marco del recurso regulado en los arts. 27 a 32 de la ley 402. Conforme reiterada

jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (*Fallos,* 311:1232; 316:3093; 311:605; 307:1831, entre muchos otros), una decisión que deniega el fuero federal es asimilable a sentencia definitiva a los efectos de la admisibilidad del recurso extraordinario federal. Sin embargo, dicha excepción no es aplicable al juicio de admisibilidad formal del recurso de inconstitucionalidad local.

De esta manera, corresponde utilizar aquí el mismo criterio que empleara al votar en las causas "GCBA c/Ledesma Miguel Ángel s/medida cautelar s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 2314/03, resolución del 5/11/2003, y "Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Laguna, Guillermo Mario c/GCBA y otro s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)'", expte. nº 2330/03, resolución del 11/12/2003, criterio que fuera establecido en autos 'GCBA c/Soto, Alberto Sabino s/recurso de queja s/sumarísimo', expte. nº 726/00, resolución del 21/3/2001, en el voto que emitiera conjuntamente con mis colegas la jueza Ana M. Conde, y los jueces Guillermo A. Muñoz y José O. Casás. En todos los precedentes mencionados sostuve que la equiparación a sentencia definitiva sólo era justificada cuando la decisión recurrida sustraía definitivamente la causa de la jurisdicción local. Este supuesto no se cumple en el caso de autos.

En efecto, la sentencia cuestionada por Metrovías no sustrae definitivamente la causa de la jurisdicción local sino que, por el contrario, declara que la justicia del fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad es competente para entender en los presentes actuados.

Por lo tanto, la decisión impugnada por la actora no puede equipararse a una sentencia definitiva a los efectos del recurso de inconstitucionalidad. Y, por fin, la invocación de las garantías de defensa en juicio y debido proceso que se intenta a fs. 617 vta./618 no logra demostrar la existencia de un gravamen irreparable que permita hacer excepción al principio general según el cual las resoluciones en materia de competencia no tienen carácter definitivo.

5. Por lo expuesto, voto por rechazar la queja intentada.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

A mi juicio, las decisiones de la Corte Suprema que amplían el significado de *sentencia definitiva* a decisiones interlocutorias iniciales de un procedimiento judicial no son correlato de una interpretación correcta del art. 14 de la ley 48. En ese sentido, ya he expuesto múltiplemente que la sentencia que resuelve un problema de competencia, ya por incidente, ya de oficio, cuando quien lo decide tiene facultad para ello, no es, en caso alguno o, cuando menos, por regla, una sentencia definitiva. Y no lo es tampoco, cuando el problema de competencia consiste en el entrecruzamiento de dos jurisdicciones distintas, por ejemplo, la de los tribunales de la CABA frente a los tribunales nacionales, de una provincia frente a los de otra o de una provincia frente a tribunales nacionales o federales (ver mis votos en las causas "GCBA c/Soto, Alberto Sabino s/recurso de queja s/sumarísimo", expte. nº 726/00, resolución del 21/3/2001; "GCBA s/queja por recurso de apelación denegado en 'GCBA c/Empresa Nacional de Correos y Telégrafos [ENCOTESA] s/ejecución fiscal'", expte. nº 1892, sent. del 12/2/2003; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en

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

Mucho menos puede servir la inteligencia que la Corte Suprema le proporciona a la voz "sentencia definitiva" para interpretar el requisito que, con palabras idénticas, fija el art. 27 de la ley local 402, para el recurso de inconstitucionalidad. Aquí es claro que sentencia definitiva es la que finaliza el pleito en las instancias de mérito.

Pero lo que más desconcierta es la actitud de la actora que, sosteniendo la competencia de tribunales de otro estado —ante los cuales pudo haber demandado— se presenta ante jueces que estima incompetentes y hace valer, precisamente su queja por esa incompetencia de los jueces que él mismo ha elegido para demandar (conf. art. 21, ley local 210) cual si se planteara una excepción a su propia demanda ¿Cuál es la razón por la que no se presentó ante los jueces nacionales o federales establecidos en el mismo territorio donde demandó?, resulta ser una pregunta sin respuesta. Todo suena a pérdida de tiempo.

Si no se trata de una resolución con carácter de definitiva (sentencia que resuelve el conflicto planteado por la acción intentada), el recurso de inconstitucionalidad previsto por el art. 113, inc. 3º, CCBA y por el art. 27, LPTSJ (ley 402 Ciudad de Buenos Aires) resulta improcedente. Como consecuencia de lo expuesto, corresponde no hacer lugar a la queja y rechazar, por tanto, el recurso de inconstitucionalidad, con costas al recurrente.

Por ello, emitido el dictamen del Fiscal General Adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Admitir* el recurso de queja interpuesto por Metrovías S.A. y devolver el depósito de fs. 610.

2º. *Rechazar* el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la actora, con costas a la vencida.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita a la Sala interviniente para que sea agregada a los autos principales.

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

En similar sentido se resolvió en las causas 5446/07 "Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Metrovías S.A. c/GCBA s/otros

rec. judiciales c/res. pers. públicas no est.'"; 5447/07 "Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Metrovías S.A. c/GCBA s/otros rec. judiciales c/res. pers. públicas no est.'"; y, 5448/07 "Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Metrovías S.A. c/GCBA s/otros rec. judiciales c/res. pers. públicas no est.'", también del 27/2/2008.

XXVI

"SINDICATO ÚNICO DE TRABAJADORES DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES S/QUEJA POR RETARDO, PRIVACIÓN O DENEGACIÓN DE JUSTICIA EN 'SINDICATO ÚNICO DE TRABAJADORES DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)'"

RECURSO DE QUEJA POR RETARDO, PRIVACIÓN O DENEGACIÓN DE JUSTICIA: Archivo de actuaciones.

Expte. nº 5773/08 - 27/2/2008

VISTO:

el expediente citado en el epígrafe,

RESULTA:

1. Los señores Amadeo Genta y Patricio Datarmini, en representación del Sindicato Único de Trabajadores de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, denunciaron ante el Tribunal la denegación de justicia en que habría incurrido la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario. Sostuvieron que se hallaba vencido en el principal el plazo dentro del cual la Sala debió resolver los recursos interpuestos por las partes de acuerdo a lo establecido por el art. 20, ley 2145 (fs. 1/3).

2. El juez de trámite requirió al presidente de la Sala II que informara al Tribunal sobre los hechos denunciados (fs. 5, punto II).

3. A fs. 17 se presentó el informe requerido, en el que se hizo saber que con fecha 19/2/2008 se había dictado la resolución en cuestión de conformidad con lo establecido por el último párrafo del art. 15, ley 2145 y acompañó copia de ella.

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

La sentencia dictada el 19/2/2008 por la alzada, según constancia agregada a fs. 11/16, dejó sin objeto la queja por denegación de justicia presentada ante

el Tribunal a fs. 1/3 [conf. TSJBA *in re* "GCBA s/queja por retardo de justicia en 'Asociación Civil Golf Club Lagos de Palermo c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 2554/03, resolución del 9/10/2003; "De Santo, Josefa Rosa y otros s/queja por retardo, privación o denegación de justicia en 'De Santo, Josefa Rosa y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 2897/04, resolución del 17/3/2004 y "Anapios, Ernesto s/queja por retardo, privación o denegación de justicia en 'Anapios, Ernesto c/Consejo Profesional de Ciencias Económicas s/recurso de apelación c/resoluciones disciplinarias (art. 34 y DT: 3.A ley 466)'", expte. nº 3343/04, resolución del 20/10/2004, entre otros.

En consecuencia sólo corresponde dar por terminada la actuación del Tribunal y ordenar el archivo de la queja.

Así lo voto.

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

Adherimos al voto del juez Luis F. Lozano.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Archivar* las actuaciones.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y se comunique a la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, con copia de esta resolución.

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

XXVII

"BALDOMAR, RICARDO FÉLIX Y OTRA S/MEDIDA CAUTELAR AUTÓNOMA"

MEDIDA CAUTELAR AUTÓNOMA: Acto dictado por la Junta Electoral. Remisión de actuaciones.

Expte. nº 5812/08 - 29/2/2008

VISTO:

el expediente citado en el epígrafe,

Los jueces Ana María Conde, Luis F. Lozano y Alicia E. C. Ruiz dijeron:

1. Los presentantes atacan el contenido de un acto que, según manifiestan, afecta sus derechos, pero no impugnan la competencia de la Junta Electoral, órgano que la dictó.

2. El acto referido no constituye, pues, la denegación de una petición impugnativa toda vez que no le fue formulado a dicho órgano.

3. La premura que impone el proceso electoral, agudizada por la proximidad de la fecha de oficialización de listas (5/3/2008) aconseja remitir de inmediato estas actuaciones a la Junta Electoral, a fin de que pueda expedirse en tiempo útil.

4. En atención a que no consta en el escrito traído al Tribunal el domicilio de la Junta Electoral, la notificación se efectuará a su Presidente, doctor Rubén Antonio Pereyra, en su público despacho, con carácter urgente y habilitación de día y hora.

Con la misma habilitación se notificará a los presentantes.

A estos efectos se designa como oficial notificador *ad hoc* al Secretario Letrado, doctor Alberto Elgassi.

El juez José O. Casás agregó:

Acompaño la decisión de los jueces Ana María Conde, Luis F. Lozano y Alicia E. C. Ruiz pero me siento en la necesidad de enfatizar que la decisión de la Junta Electoral que se reclama deberá ser producida en tiempo útil, no sólo en vista a la fecha establecida para la oficialización de las listas de candidatos (5 de marzo del corriente año) afianzando la previsibilidad jurídica, sino también para permitir, de ser incitada la competencia de este Tribunal (conf. art. 113, inc. 6º, CCBA y el criterio establecido en los exptes. nº 1187/02 "Arias, César Augusto c/Colegio Público de la Capital Federal —Junta Electoral— s/amparo", sent. del 4/11/2002 y nº 2956/2004 "Garavano, Germán Carlos y otra c/Consejo de la Magistratura —Junta Electoral— s/medida cautelar autónoma", sent. del 23/3/2004), la revisión judicial de una decisión administrativa tal cual lo demandan principios basales de la forma republicana de gobierno de vieja acogida en el Código Nacional Electoral.

Así lo voto.

El juez Julio B. J. Maier agrega:

Que sin oponerse a lo decidido por sus colegas, que no provoca daño alguno, advierte que, conforme a las mismas determinaciones fácticas de la opinión mayoritaria, no están dadas las condiciones para que intervenga el Tribunal Superior de justicia por vía recursiva.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Remitir* las actuaciones a la Junta Electoral a los efectos indicados en el punto 3 del voto de los jueces Ana María Conde, Luis F. Lozano y Alicia E. C. Ruiz.

2º. *Mandar* que se registre y se cumpla. Las notificaciones se efectuarán conforme lo indicado en el voto mayoritario.

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

XXVIII

"BALDOMAR, RICARDO FÉLIX Y OTRA S/MEDIDA CAUTELAR AUTÓNOMA"

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES. COMPETENCIA ELECTORAL: Medida cautelar autónoma. CONSEJO DE LA MAGISTRATURA Y JURADO DE ENJUICIAMIENTO: Elección de representantes. Junta electoral. Exclusión del padrón electoral. Capacidad electoral. Derecho de sufragio.

SUMARIOS:

1. La Junta Electoral es el órgano a quien incumbe privativamente disponer la aprobación de los padrones y los conducentes al desarrollo del proceso electoral; mientras que e este Estrado corresponde, en su condición de Tribunal Electoral, de conformidad con el art. 113 de la CCBA, revisar lo que se resuelva en aquellas situaciones en las cuales pueda quedar afectado un derecho de raigambre constitucional. *(Voto de los señores jueces José O. Casás, Luis F. Lozano y Ana María Conde).*

2. La plena garantía del derecho de sufragio —activo y pasivo— de los jueces e integrantes del Ministerio Público consagrada específicamente en los arts. 115, 121 y 126, CCBA, permite discernir —como mejor solución destinada a satisfacerla en forma íntegra— que la restricción de la capacidad electoral para quienes se encuentran en uso de licencia sin goce de haberes, deba verificarse al día de la elección, pues es ese día y no otro cuando se ejerce el derecho a votar. *(Voto de los señores jueces José O. Casás, Luis F. Lozano y Ana María Conde).*

3. La razón por la cual se produjo la exclusión del padrón electoral —inexistente ahora— se comprende como racional cuando se trata de licencias todavía de largo plazo y de plazo no vencido, pero caduca no bien el juez se reincorpora a su función y la licencia cesa, incluso por voluntad del interesado. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

Expte. nº 5815/08 - 4/3/2008

VISTO:

el expediente citado en el epígrafe,

RESULTA:

Ricardo Félix Baldomar y Carla Cavaliere se presentan a fs. 99/101 por su propio derecho, invocan el carácter de jueces de primera instancia en lo Contraven-

cional y de Faltas de esta Ciudad, y plantean una medida cautelar autónoma contra la resol. 4/08 de la Junta electoral —"conformada a los efectos de llevar adelante el acto eleccionario tendiente a elegir representantes de los jueces e integrantes del Ministerio Público al Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Jurado de enjuiciamiento de jueces, integrantes por los jueces al Consejo Académico del Centro de Formación Judicial del Consejo de la Magistratura y Jurado de Enjuiciamiento de integrantes del Ministerio Público"—, y contra la resolución del mismo órgano del 3/3/2008.

Expresan que la primera de las resoluciones en cuestión, que aprobó el padrón definitivo de electores, modificó de oficio los padrones provisorios aprobados por la resol. 2/2008 de la Junta Electoral conformada por el Plenario del Consejo de la Magistratura, y los excluyó "de dicho padrón lo que [les] ocasiona un daño grave e irreparable", ya que impide su participación en el acto comicial de mención y lesiona sus derechos electorales "constitucionalmente protegidos".

Agregan que la exclusión ha sido ratificada por la segunda de las resoluciones citadas, adoptada por la Junta Electoral al decidir la petición que pretendía su reincorporación al padrón.

En lo sustancial alegan que: *a)* fueron mal excluidos por aplicación del art. 9º, *in fine* del reglamento electoral (resol. CM-143/04) que expresa que "quienes se encuentran en uso de licencia no tienen derecho a voto", pues las licencias de ambos, otorgadas por las respectivas resols. 841/07 (Cavalieri) y 863/07 (Baldomar), concluyeron el día 29/2/2008; *b)* en la medida de que no hubo impugnaciones al padrón provisorio, "la nueva Junta Electoral no estaba habilitada para efectuar modificación alguna a dichos padrones"; *c)* la licencia sin goce de sueldo otorgada a los efectos del ejercicio de la función de consejeros por el estamento judicial, no puede "interpretarse como un cercenamiento del derecho a elegir y ser elegidos".

Fundamentan el peligro en la demora en que, de acuerdo al cronograma electoral aprobado por resol. 2/08, el 5 de marzo vence el plazo para la presentación de listas de candidatos. En cuanto a la verosimilitud del derecho expresan que la exclusión les impide votar, la posibilidad de ser candidatos al Jurado de Enjuiciamiento, y la de avalar una lista de candidatos.

FUNDAMENTOS:

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

1. Ya se ha afirmado la competencia del Tribunal en la presente causa, lo mismo ha ocurrido en supuestos análogos referidos a procesos electorales para integrar el Consejo de la Magistratura de la Ciudad (conf. art. 113, inc. 6º, CCBA y exptes. nº 1187/02 "Arias, Cesar Augusto c/Colegio Público de la Capital Federal —Junta Electoral— s/amparo", sent. del 4/11/2002 y nº 2956/2004 "Garavano, Germán Carlos y otra c/Consejo de la Magistratura —Junta Electoral— s/medida cautelar autónoma", sent. del 23/3/2004; así también, los precedentes: expte. nº 4124/05 "Baldomar, Ricardo Félix s/amparo", resolución del 19/9/2005, y expte. nº 4576/06

"Busso, Ricardo Mario c/Consejo de la Magistratura —Junta Electoral de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/amparo", resolución del 22/3/2006*).* En todos ellos, la materia electoral estuvo dada por la existencia de procesos comiciales en curso o de consecuencias directas de procesos electorales concluidos para la integración de los miembros del Consejo de la Magistratura por los estamentos de los jueces y los abogados.

2. Por otra parte, independientemente del *nomen juris* otorgado a la presentación en examen, ella debe ser considerada como una apelación de la decisión de la Junta Electoral con fecha 3 de marzo del corriente, de ratificar la exclusión de los presentantes del padrón electoral destinado a la elección mencionada en el resuelta.

En este sentido, el juez Casás ha señalado en el precedente "Garavano", citado *supra,* que " ...la competencia de este estrado se ve también respaldada por la disposición transitoria sexta del Reglamento Electoral en tanto allí se dispone que, a todo efecto, mientras no se sancione el Código Electoral de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se aplicarán supletoriamente a las elecciones de jueces para integrar el Consejo de la Magistratura y de jueces e integrantes del Ministerio Público para formar parte del Jurado de Enjuiciamiento, el Código Electoral de la Nación, en todo lo que no se oponga a la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por lo que, en el *sub examine* debe entenderse que este Tribunal cumple las funciones de la Cámara Nacional Electoral para conocer de los planteos que se incoen contra las decisiones de la Junta Electoral local constituida al efecto".

Lo señalado no importa desconocer que, como principio, la Junta Electoral es el órgano a quien incumbe privativamente disponer la aprobación de los padrones y los conducentes al desarrollo del proceso electoral. Pero, sin perjuicio de ello, corresponde a este Estrado en su condición de Tribunal Electoral, destacado a ese fin por el art. 113 de la Constitución, y conforme lo ha establecido en precedentes citados, revisar lo que se resuelva en aquellas situaciones en las cuales pueda quedar afectado un derecho de raigambre constitucional.

3. En el *sub iudice* no se discute el momento establecido por la Junta Electoral como fecha de cierre del padrón definitivo. Se controvierte, en cambio, cuál debía ser la fecha tenida en consideración a los fines de establecer, desde la perspectiva del 27/2/2008 —fecha de aprobación del padrón definitivo—, la capacidad electoral de los presentantes y, por ende, su inclusión o exclusión de dicho padrón. En su propia óptica debía serlo al día de los comicios o al día inmediato anterior y, desde la óptica de la Junta, el 27 de febrero.

En otras palabras, lo que en sustancia está en discusión, es la recta interpretación del art. 9º, *in fine* del Reglamento Electoral, en cuanto dispone que "quienes se encuentran en uso de licencia sin goce de haberes no tienen derecho a voto", y restringe la capacidad electoral de los "jueces/as de primera y segunda instancia y los integrantes del Ministerio Público que componen el Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, designados por concurso y en el ejercicio de sus cargos".

Sentado ello, la plena garantía del derecho de sufragio —activo y pasivo— de los jueces e integrantes del Ministerio Público consagrada específicamente en los arts. 115, 121 y 126, CCBA, permite discernir —como mejor solución destinada a satisfacerla en forma íntegra— que la restricción antes apuntada deba verificarse al día de la elección, pues es ese día y no otro cuando se ejerce el derecho a votar.

Ello es así, porque, como principio, la capacidad para ejercer un derecho es la que existe al tiempo en que el acto se lleve a cabo. En tales condiciones, la fecha en la que deben quedar reunidos los requisitos que brindan la capacidad electoral es precisamente la fecha de los comicios, cualquiera sea la oportunidad en que se la aprecie, y, si ella difiriere, como ocurre en el caso, de la ocasión en que la capacidad será ejercida, según los datos de que se disponga a ese momento y con las correcciones que pudieran ser necesarias en el futuro si ello fuera posible.

Este es el principio que inspira el art. 25, párrafo 2º del Código Nacional Electoral en cuanto dispone, desde la perspectiva de los 180 días antes de los comicios —fecha de cierre de los padrones— que se incluya a quienes estarán en edad de votar a la fecha la elección.

Aplicado este principio al caso que nos ocupa, no es dudoso que el respeto del derecho electoral de los presentantes obligara a tener en consideración la información que se disponía al día 27 de febrero acerca de su estado de actividad o licencia al día de los comicios.

A partir de lo expuesto, y de la circunstancia de que la licencia sin goce de haberes de los recurrentes finalizó el día 29/2/2008 (según surge de fs. 50 y 51 y de la resolución de fecha 3/3/2008 de la Junta Electoral) corresponde ordenar a la Junta Electoral que incluya en el Padrón de Electores a los jueces Ricardo Félix Baldomar y Carla Cavaliere, a todos sus efectos.

En razón del estado del proceso electoral y la inminencia del vencimiento de sus plazos, la comunicación a la Junta Electoral y la notificación a los recurrentes se harán con carácter urgente y con habilitación de día y hora. A estos efectos se designará como oficial notificador *ad hoc* al Secretario Letrado, doctor Alberto Elgassi.

Así lo votamos.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El Tribunal resulta competente para entender en la cuestión planteada (conf. art. 113, inc. 6º, CCBA y el criterio establecido en el expte. nº 1187/02 "Arias, César Augusto c/Colegio Público de la Capital Federal —Junta Electoral— s/ amparo" entre otros).

2. Los hechos relatados por los actores permiten inferir que existen buenas razones para afirmar que están habilitados a recurrir ante este Tribunal en tutela de los derechos constitucionales que entienden vulnerados con independencia del *nomen iuris* que ellos dieran a su presentación —tal como lo señalan los jueces Casás, Lozano y Conde en el punto 2 de su voto conjunto.

3. La cuestión a resolver es el alcance de la restricción contenida en el art. 9º *in fine* del reglamento electoral, el cual debe ser analizado a la luz de los derechos electorales reconocidos a los jueces e integrantes del Ministerio Público en su calidad de tales (conf. arts. 115, 121 y 126, CCBA).

Esta pauta hermenéutica conduce a limitar la restricción aludida sólo a aquellos jueces o integrantes del Ministerio Público que al día de la elección se encuentren en la situación prevista en la última parte del art. 9º.

4. La opinión que expreso en el apartado anterior no desconoce que la Junta Electoral es el órgano que, en principio, tiene atribución para disponer la aprobación de padrones y la adopción de todas las medidas que tiendan a asegurar la realización del acto comicial en la fecha establecida. Sin embargo, la actuación de la Junta en el marco de su competencia siempre podrá ser discutida ante el Tribunal cuando el afectado denuncie la violación de derechos y garantías constitucionales.

5. Por lo expuesto voto por ordenar a la Junta Electoral que reconozca a los presentantes el carácter de electores y su incorporación al padrón electoral a los efectos que corresponda.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Cabe remitirse a la explicación de la competencia del Tribunal que funda el voto conjunto de los jueces Casás, Lozano y Conde, según se observa, admitida por el Tribunal en múltiples ocasiones, conforme a su competencia electoral.

Por lo demás, resulta innegable que, como guardián de la Constitución, característica definitoria del TSJBA en la CCBA (art. 113), él tiene la misión de expedirse en aquellos casos concretos para dilucidar el alcance del ejercicio de los derechos electorales activo y pasivo emanados de la ley fundamental de la Ciudad. La petición de los jueces nombrados en la relación de esta causa pone en acto esa competencia, se llame como quiera llamarse esa acción y, eventualmente, ese recurso contra la decisión de la junta electoral establecida para los comicios antes detallados, que los margina de la elección como posibles electores y elegidos.

2. No pretendo, por ello, con mi opinión, criticar la resolución de la Junta Electoral y mucho menos conforme a las reglas comunes (infraconstitucionales) vigentes, salvo en aquello que se refiere al agravio de los requirentes de esta decisión, que quieren tomar parte en los comicios.

No parece racional que, tras haber cesado la licencia concedida a ambos y, por tanto, la causa de su exclusión del padrón electoral, siga rigiendo una limitación al derecho de elegir y ser elegido. Hoy en día ellos reúnen todos los requisitos de capacidad como electores y, por ende, debe permitírseles el ejercicio de sus derechos políticos básicos. Se reconocería un exceso de rigidez y de formalidad de negárseles intervención en los comicios, sobre todo si se advierte lo pequeño del padrón electoral, según su destino, y la facilidad, por ello, para introducir modificaciones menores que intenten no agraviar los derechos políticos de algún interesado.

La razón por la cual se produjo la exclusión —inexistente ahora— se comprende como racional cuando se trata de licencias todavía de largo plazo y de plazo no vencido, pero caduca no bien el juez de reincorpora a su función y la licencia cesa, incluso por voluntad del interesado. La rigidez de la resolución formal, relativa al cierre del padrón definitivo, se comprende también —incluso allí con excepciones posibles— en comicios universales, de gran envergadura, por la necesidad de producir un padrón definitivo por circunscripciones y mesas de votación antes de los comicios, para dedicar todo el esfuerzo organizativo a tareas inmediatas a los comicios, pero deja de ser racional en comicios pequeños, no bien su aplicación rígida signifique negar derechos electorales para cuyo ejercicio el reclamante está totalmente legitimado.

Por lo tanto, voto por permitir a los requirentes el ejercicio de sus derechos electorales y, para ello, por ordenar se los agregue al padrón electoral de los comicios antes determinados.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Ordenar* a la Junta Electoral que incorpore al padrón definitivo a los jueces Ricardo Félix Baldomar y Carla Cavaliere a todos sus efectos.

2º. *Mandar* que se registre, y con carácter urgente y habilitación de día y hora, se notifique a los recurrentes y se haga saber a la Junta Electoral para su cumplimiento. A estos efectos se designa como oficial notificador *ad hoc* al Secretario Letrado, doctor Alberto Elgassi.

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

XXIX

"CORPORACIÓN DE REMATADORES Y CORREDORES INMOBILIARIOS —MUTUAL— C/GCBA S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD"

ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD: Requisitos. Norma de carácter general emanada de las autoridades de la Ciudad de Buenos Aires. Corretaje inmobiliario. Matriculación en el Colegio Único de Corredores Inmobiliarios.

SUMARIOS:

1. El art. 55, párr. 1º, de la ley 2340 en cuanto exime, como disposición transitoria y por única vez, del cumplimiento de los requisitos previstos en el inc. 2º del

art. 5º, a las personas que acrediten fehacientemente ante el organismo que tenga a su cargo la matrícula, haberse dedicado en forma habitual al corretaje inmobiliario durante dos (2) años antes de la entrada en vigencia de aquélla y dentro del plazo de ciento ochenta (180) días, a partir de la convocatoria que al efecto realice la comisión normalizadora, a efectos de solicitar su matriculación, es una norma de carácter general emanada de las autoridades de la Ciudad, que puede ser objeto de la impugnación declarativa directa, de conformidad con lo establecido por los arts. 113, inc. 2º, de la CCBA y 17, LPTSJ. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces José O. Casás, Ana María Conde y Julio B. J. Maier).*

Expte. nº 5520/07 - 5/3/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La "Corporación de Rematadores y Corredores Inmobiliarios —Mutual" promueve demanda de inconstitucionalidad (fs. 11/17) 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. 55 de la ley 2340, en cuanto autoriza a quienes se dedicaron en forma habitual al corretaje inmobiliario "durante dos (2) años antes" de su entrada en vigencia, a solicitar por única vez su matriculación en el Colegio Único de Corredores Inmobiliarios pese a no reunir los requisitos previstos en la legislación nacional aplicable en la materia.

Sostiene que la norma impugnada vulnera los principios constitucionales de igualdad (conf. art. 11, CCBA y 16, C.N.) y de trabajar (conf. art. 43, CCBA y 14, C.N.), y la competencia otorgada al Congreso Nacional por el art. 75, inc. 12, C.N., para dictar el Código de Comercio.

2. A fs. 51/54 emite dictamen el señor Fiscal General y, por los fundamentos que expone, propicia que se declare la inadmisibilidad de la acción en examen.

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO 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. El art. 55, párr. 1º de la ley 2340 en cuanto exime, como disposición transitoria y por única vez, del cumplimiento de los requisitos previstos en el inc. 2º del art. 5º *ídem* a las personas que acrediten fehacientemente ante el organismo que tenga a su cargo la matrícula, haberse dedicado en forma habitual al corretaje inmobiliario "durante dos (2) años antes de la entrada en vigencia" de aquélla y dentro del plazo de ciento ochenta (180) días, a partir de la convocatoria que al

efecto realice la comisión normalizadora, para solicitar su matriculación, es una norma de carácter general emanada de las autoridades de la Ciudad.

En consecuencia, puede ser objeto de la impugnación declarativa directa, de conformidad con lo establecido por los arts. 113, inc. 2º, de la CCBA y 17, LPTSJ.

3. Someramente, se imputa a la norma oponerse a las constituciones local y nacional. En ese orden de ideas, afirma la actora que la disposición impugnada afecta normas dictadas por el Congreso Nacional —en ejercicio de competencias que le son reservadas en los términos del art. 75, inc. 12— que establecen "los requisitos mínimos que deben poseer aquellos comerciantes —en el caso corredores— para ser debidamente matriculados y que sus libros posean tal efecto característico de la fe pública" (fs. 14 y vta.). Ello, a su turno, podría ser analizado también desde la óptica del art. 31 de la C.N.

También el accionante estima que la "dispensa" del art. 55 de la ley 2340 —en cuanto "premia" con la matriculación a "quienes han ejercido la profesión de manera ilegal y clandestina durante los dos últimos años"—, colisiona con el principio de igualdad plasmado en las constituciones nacional y local, en desmedro de los matriculados que cumplen con el requisito obligatorio de poseer título habilitante (fs. 17 y vta.).

Distinta solución merece la presunta vulneración al derecho a trabajar (art. 43, CCBA, y 14, C.N.) que se acusa a fs. 12 (primer apartado) que no ha sido objeto de desarrollo alguno.

Por tal razón, cabe considerar que, sólo en función de las posibles afectaciones constitucionales reseñadas en los apartados primero y segundo de este punto, la pretensión satisface la exigencia del art. 113, inc. 2º, CCBA, y del art. 19, inc. 2º de la ley 402, como así también los recaudos señalados en la jurisprudencia del Tribunal (*Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. I, pp. 56 y ss., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, *in re* "Massalin Particulares S.A. c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 31/99, resolución del 5/5/1999, entre otros).

4. Además, en el Petitorio, punto 4, el actor se ciñe a requerir el dictado de una sentencia que declare la inconstitucionalidad y pérdida de vigencia de la norma cuestionada (fs. 17 vta.), sin exceder los límites de la decisión del Tribunal en este tipo de acciones (arts. 113, inc. 2º, CCBA, y 17 y 24, ley 402).

5. El Tribunal resulta, entonces, competente para intervenir en el proceso y la demanda es admisible (art. 21, LPTSJ) con el alcance previsto en el punto 3. Corresponde en consecuencia, ordenar su traslado al señor Jefe de Gobierno, por el plazo y con los alcances señalados en el art. 21 de la ley 402.

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

Nos adherimos al voto del señor juez de trámite, doctor Luis F. Lozano.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El actor está legitimado para interponer la demanda de inconstitucionalidad, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 18, inc. 1º, de la ley 402.

2. Según el accionante el art. 55 de la ley 2.340, en cuanto autoriza a quienes se dedicaron en forma habitual al corretaje inmobiliario "durante dos (2) años antes" de su entrada en vigencia, a solicitar por única vez su matriculación en el Colegio Único de Corredores Inmobiliarios pese a no reunir los requisitos previstos en la legislación nacional aplicable en la materia, viola los. arts. 11, CCBA; art. 16, C.N.; art. 43, CCBA; art. 14, C.N., y el art. 75, inc. 12, C.N.; con lo que satisface de ese modo, otra de las exigencias del art. 113, inc. 2º de la CCBA y del art. 17 de la ley 402.

3. La norma cuestionada puede ser objeto de la impugnación declarativa directa de inconstitucionalidad, pues cumple con el recaudo de ser de carácter general y ser emanada de las autoridades de la Ciudad (conf. arts. 113, inc. 2º de la CCBA y 17 de la LPTSJ).

4. La demanda da cumplimiento a la exigencia de fundamentación establecida en el art. 19, inc. 2º, de la LPTSJ y en la jurisprudencia del Tribunal (*Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. I, pp. 56 y ss., *in re* "Massalín Particulares S.A. c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 31/99, resolución del 5/5/1999, entre otros).

5. Por las razones expresadas, el Tribunal resulta competente para intervenir en el proceso y la demanda es admisible (art. 21, LPTSJ).

Así voto.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Comparto la opinión del señor juez de trámite y también las limitaciones impuestas en su voto respecto del control relativo al *derecho a trabajar* o a emprender todo tipo de actividad lícita, cuya lesión dista de estar fundada en la demanda; antes bien, diría que parece inconsecuente con el petitorio. Voto en el mismo sentido y por los mismos fundamentos.

Por ello, emitido el dictamen del señor Fiscal General,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* formalmente admisible la acción de inconstitucionalidad planteada por la "Corporación de Rematadores y Corredores Inmobiliarios – Mutual" a fs. 11/17 contra el GCBA, con el alcance previsto en el punto 3 del voto del señor juez de trámite.

2º. *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.

3º. *Mandar* que se registre, notifique y cumpla.

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

XXX

"MOAVRO AITA, KARINA ANDREA C/CAJA DE SEGURIDAD SOCIAL PARA ABOGADOS DE LA CABA S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Caja de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. AMPARO: Requisitos. Reglamentación del art. 5º de la ley 1181. PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY EN MATERIA TRIBUTARIA: Ampliación del aspecto subjetivo del presupuesto de hecho. Principio de igualdad. CONTRIBUCIONES Y APORTES PREVISIONALES: Naturaleza. Contribuciones especiales. Parafiscalidad. Principio presupuestario de unidad. Superposición o multiplicidad de aportes. Alcance del art. 14 bis de la C.N.

SUMARIOS:

1. La potestad de sancionar reglamentos ejecutivos, si bien corresponde en principio al Poder Ejecutivo, no es una atribución exclusiva de éste, y en consecuencia habrá que analizar cada ley en particular para determinar si debe o no ser reglamentada, y en caso afirmativo cuál es el órgano competente para aplicarla y para emitir dicha reglamentación. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

2. De conformidad con los arts. 2º y 4º CASSABA es el órgano de aplicación de la ley 1181, y tiene como misión organizar y desarrollar el Sistema de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, y para ejercer esta función, tiene distintas potestades, entre las que se encuentra el poder reglamentario, circunstancia que surge en forma implícita de las normas citadas, y en forma expresa de los arts. 3º y 120, inc. 1º de dicha ley. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

3. El Poder Ejecutivo local no puede quitarle ni desconocerle facultades a CASSABA que nunca le delegó, por el simple hecho de que es la propia ley 1181 quien le atribuyó la potestad reglamentaria a la Caja. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

4. El art. 5º, en su segundo párrafo, al establecer que están exceptuados del sistema previsional quienes se encuentran obligatoriamente afiliados a otra Caja Profesional para Abogados, en tanto continúen cotizando a dicho régimen y manifiesten fehacientemente la voluntad de acogerse a esta excepción dentro de los noventa (90) días del comienzo de la obligatoriedad de la ley 1181 o de la iniciación de su actividad para los profesionales recientemente recibidos, no implica que esa categoría de profesionales no debe realizar ningún tipo de aportes a CASSABA, pues esa posible solución choca contra la lógica del sistema y los principios que la informan, más precisamente contra los principios de igualdad, obligatoriedad y solidaridad previsional.

5. Los aportes previstos en el art. 62, incs. 1º y 4º de la ley 1181 deben considerarse "contribuciones especiales", pues son tributos debidos en razón de beneficios individuales o de grupos sociales derivados de la realización de obras o gastos públicos o de especiales actividades del Estado. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

6. Las prestaciones pecuniarias coactivas al sistema de seguridad social tienen naturaleza tributaria, más allá de los matices en cuanto a la caracterización de dichas obligaciones, ya como contribuciones especiales, contribuciones parafiscales, impuestos con afectación específica, o como pertenecientes a una categoría híbrida, según que el llamado a afrontar la carga sea el empleador, el subordinado, el trabajador independiente —como el profesional—, o incluso un tercero, en la medida en que exista algún tipo de relación justificante, por lo que, en todos los casos, debe darse, necesariamente, satisfacción al principio de reserva de ley que rige en esta rama del derecho. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

7. Los aportes y contribuciones a favor de la Caja de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires revisten naturaleza tributaria por cuanto, aunque tales cotizaciones se efectúen a favor de un ente no estatal, el ejercicio de la potestad tributaria normativa fue desplegado por la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires al sancionar la ley 1181 de creación del sistema, revistando la Caja como persona jurídica de derecho público no estatal con autonomía económica y financiera. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

8. Si se hubiera alterado el campo de acción del tributo por vía reglamentaria, tanto en el caso en que la norma subalterna hubiera sido dictada por el Jefe de GCBA, como en el supuesto en que tuviese por origen una resolución de la Asamblea de la Caja de Seguridad Social para Abogados, tal extensión hubiera sido palmariamente nula por contravenir el principio de reserva de ley tributaria, ya que bajo circunstancia alguna pueden avasallarse las competencias constitucionales de la Legislatura o, ésta, abdicar de la potestad tributaria normativa que le pertenece con carácter exclusivo y excluyente, aspecto enfatizado en la Carta Magna local en el párrafo primero de su art. 51. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

9. La exceptuación contenida en el art. 5º de la Ley de Creación de la Caja no puede ser interpretada aisladamente de la excepción prevista en el inc. 2º del art. 67, en tanto, de no ser así, la segunda sería sobreabundante por innecesaria, lo que obliga a colegir, a partir de una interpretación integradora y armónica, que la exoneración alcanza exclusivamente al pago del Aporte Mínimo Anual Obligatorio (AMAO), pues, de otra manera, las actuaciones profesionales de los abogados inscriptos en otras Cajas Previsionales les permitiría transitar, más allá de devengar y percibir honorarios ante los estrados y en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, como furtivos sujetos inmunes, afectando la regla de igualdad ante las cargas públicas. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

10. Aun cuando pueda coincidirse en afirmar que las prestaciones previsionales son contribuciones que, en una clasificación extensiva, pueden ingresar a la materia tributaria (impuestos, tasas y contribuciones), lo cierto es que la reglamentación de la ley 1181 no implica, necesariamente, que el fruto económico del trabajo de un abogado en el territorio de la Ciudad de Buenos Aires y en los tribunales allí ubicados quede exento de aquellas contribuciones que no están basadas en servicios o beneficios concretos para el contribuyente, sino, por lo contrario, en aquellas fundadas en los principios de universalidad y solidaridad, esto es, en toda prestación previsional o social, cualquiera que sea el sistema que se adopte. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

11. La reglamentación de la ley 1181 no genera la superposición de aportes, sino multiplicidad de aportes, lo cual no está prohibido por las constituciones Nacional y de la Ciudad de Buenos Aires, y cuya constitucionalidad ha sido aceptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pues lo que prohíbe el art. 14 bis, C.N. es que por una misma actividad desarrollada en un ámbito jurisdiccional, un mismo sujeto deba realizar aportes previsionales en dos o más Cajas distintas. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

12. El régimen de reciprocidad previsional se basa en el principio de la solidaridad, correspondiendo descartar la "superposición de aportes" porque pluralidad o multiplicidad no equivale a superposición que es lo único que está vedado por el 14 bis de la C.N. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

13. No puede hacerse lugar a la pretensión de la actora en el sentido de que se le imponga a CASSABA la obligación de no considerarla afiliado, pues ello no es pasible de ser puesto a consideración del poder judicial, desde que la resolución que disponga la desafiliación implicaría el otorgamiento de una suerte de inmunidad frente a créditos eventuales, tornando inaplicable *in eternum,* exclusivamente respecto de la actora el sistema previsional vigente en el ámbito de la Ciudad para los letrados que ejercen en esta jurisdicción. *(Voto del señor juez Luis. F. Lozano).*

14. Se debe rechazar la acción de amparo porque es inadecuada para resolver un problema relativo a la existencia o posibilidad de existencia de un crédito del que es deudor un persona determinada, y no se verifican las condiciones constitucionales de evidencia inicial de la ilegitimidad del acto u omisión cuestionados, y el daño inminente de un derecho constitucional o legal que deba ser restablecido de inmediato. *(Voto del señor juez. Julio B. J. Maier).*

15. La vía expedita y rápida prevista por el art. 14 de la CCBA no constituye un procedimiento judicial genérico, residual y a voluntad de la actora, cuyo funcionamiento resulte subsidiario respecto de los procedimientos específicos establecidos en la ley procesal. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

16. Debe rechazarse el recurso de inconstitucionalidad pues la mera mención de que se afectan principios y derechos de índole constitucional no es suficiente para habilitar la vía recursiva extraordinaria intentada desde que, la referencia ritual a derechos constitucionales si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento, es insuficiente, ya que si bastara la simple invocación de un derecho o garantía de raigambre constitucional este Tribunal se vería convertido, de ordinario, en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 5500/07 - 5/3/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Karina Andrea Moavro Aita promovió una acción de amparo contra el GCBA y la Caja de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad Autónoma de

Buenos Aires (en adelante, CASSABA), con el objeto que se declare la inconstitucionalidad de la reglamentación de la ley 1181, específicamente de su art. 5º (fs. 1/16). La actora señaló que está afiliada a la Caja de Previsión de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, y que ejerció la opción prevista en el segundo párrafo del art. 5º de la ley 1181, en los términos exigidos por la reglamentación de CASSABA (fs. 2 vta.).

2. Corrido traslado de la demanda, la CASSABA produjo el informe previsto en el art. 8º de la Ley 16.986 (fs. 109 /150), en el que objetó la vía empleada por la actora para encauzar su demanda —en tanto no existe, a su criterio, ilegalidad o arbitrariedad manifiesta, ni actualidad o inminencia en la afectación de una garantía constitucional—. Además, se opuso a la procedencia de la pretensión.

3. La jueza de primera instancia rechazó la demanda incoada contra el GCBA con relación al planteo de inconstitucionalidad de la ley 1181 e hizo parcialmente lugar al amparo contra CASSABA y, en consecuencia, declaró "la ilegitimidad de la resol. 004-A/05 de la Asamblea de Representantes de la Caja de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires" (fs. 245/251).

4. CASSABA apeló la sentencia de primera instancia (fs. 258/282 vta.). La actora contestó el traslado del memorial de agravios, solicitando su rechazo (fs. 287/297 y 299/305).

5. La Sala II de la Cámara CAyT confirmó la sentencia de primera instancia sobre la base del siguiente argumento: "...la ley 1181 creó un Sistema de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 1º), y todas sus disposiciones tienden al funcionamiento, viabilidad e instrumentación de ese 'sistema' ... A poco de situar al art. 5º ... en ese marco general y de atender a su conformación gramatical, se infiere que, al definir quiénes quedan obligatoriamente comprendidos en el 'sistema', esa norma señala quiénes serán sujetos de los derechos u obligaciones previstos en el régimen de mención. Por el contrario, al referirse a los 'exceptuados', dispone que éstos serán ajenos a tal 'sistema' *en su totalidad*. Es decir, los profesionales comprendidos en esta excepción quedarán al margen tanto de los aportes, contribuciones y 'otros recursos financieros' establecidos en el Título III, Capítulo I de la ley, como de las prestaciones y beneficios desarrollados a lo largo del Título II ... Por consiguiente, se advierte que la reglamentación que pretende acotar la excepción legalmente dispuesta al pago de aporte mínimo anual obligatorio (AMAO) vulnera de un modo irrazonable la voluntad legislativa, desnaturalizándola" (fs. 319/323 vta.).

6. CASSABA interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 331/350), que previa contestación por la actora (ver fs. 354/365), fue concedido parcialmente por la Sala II (fs. 369/370 vta.).

7. A fs. 378/384 vta. obra el dictamen del Fiscal General Adjunto, quien propicia que se haga lugar al recurso de inconstitucionalidad impetrado por la parte demandada, se revoque la sentencia apelada y se rechace el amparo.

FUNDAMENTOS:

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. La abogada Karina Andrea Moavro Aita promueve este amparo para evitar el pago de aportes a CASSABA en virtud de la ley local 1181 y su reglamentación por el órgano de aplicación mencionado, reglamentación a la que considera contraria a las constituciones local y nacional en varios puntos. La jueza de primera instancia les concede razón y la ampara. La Cámara (Sala II) confirma su sentencia, según el razonamiento que indicaré *infra*. Contra esa decisión se alza CASSABA, demandada en la ocasión, por intermedio de un recurso de inconstitucionalidad que prevé la competencia de nuestro Tribunal. Ese recurso es admitido parcialmente, sólo en razón de la interpretación constitucional que dejó sin aplicación las normas relativas a la reglamentación citada (en especial, el art. 5º de la resol. 004-4/05), pues el recurso resulta rechazado en tanto se funda en otro motivo, la arbitrariedad. No existe queja acerca del rechazo y su reglamentación por CASSABA.

2. Acotado así el problema del recurso, la sentencia impugnada nos permite identificar una segunda limitación. En efecto, aquélla distingue en el recurso de apelación de la CASSABA dos razones de debate acerca de la constitucionalidad del reglamento referido, punto central del litigio: el primero se refiere a la constitucionalidad de la reglamentación según el órgano del cual procede, aspecto que se refiere a la competencia formal para reglamentar una ley; el segundo —si hipotéticamente triunfa el reglamento como válido en el control de constitucionalidad anterior— se refiere a la racionalidad del contenido material y concreto de las normas reglamentarias conforme a lo dispuesto por la ley 1181. La Cámara decidió el primero de estos problemas a favor de la competencia de CASSABA para reglamentar la ley y esta decisión, en este punto, no fue recurrida por quien podía agraviarse, razón por la cual no nos referiremos a esta dificultad en nuestro voto. Por lo contrario, la Cámara reputó irrazonable el contenido concreto de la reglamentación, particularmente su art. 5º, razón excluyente por la que confirma el fallo apelado. Ésta es la única cuestión material que someteremos a nuestra consideración, pues el recurso sólo puede dirigirse a criticar la resolución fundada en esta afirmación y a pretender una decisión opuesta.

3. Entiendo que, con razón suficiente, la Cámara ha concedido el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por CASSABA. Con claridad ha dicho y puede verificarse que todo el procedimiento y sus decisiones giran siempre, desde su iniciación, alrededor del argumento constitucional, cualquiera que sea el nombre que, por momentos, a éste le sea asignado. Precisamente, las decisiones dejan sin aplicación una norma local con el argumento de que ella resulta contraria a la Constitución local y nacional, solución que impugna el hoy recurrente, el demandado CASSABA. Se trata de un caso típico de impugnación constitucional (conf. art. 27, ley 402), razón por la cual la Cámara ha acertado al declarar procedente el recurso en la parte que menciona.

4. En este punto, y a los efectos de tratar la cuestión atinente a la forma procesal escogida por la actora para articular su planteo, corresponde señalar que el asunto sometido a decisión del TSJBA resulta sustancialmente análogo a los precedentes "Young, Tomás Héctor Francisco c/Caja de Seguridad para Abogados de la CABA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. 5143/06, resolución del 12/7/2007 y "Pasquini, Fernando Damián c/Caja de Seguridad Social para Abogados de la CABA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 5153/07, resolución del 12/7/2007.

En el desarrollo de mi primer fundamento en el caso "Young" —al que me remití en el caso "Pasquini"— yo expuse que, no obstante reconocer la inexistencia de queja del demandado en cuanto a la vía elegida por la actora para tramitar el litigio a la luz de las impugnaciones expresadas en su recurso de inconstitucionalidad, esa vía (el amparo) resultaba ilegítima e inidónea para resolver la controversia; en particular, sostuve que la utilización del amparo limitaba sensiblemente la posibilidad de decisión del Tribunal aun en torno al recurso interpuesto.

5. Tal como lo expresé en "Pasquini", no reproduciré aquí los fundamentos completos sobre los cuales sustenté mi convicción respecto de la inidoneidad del amparo para tramitar "Young". Tampoco habré de ceñir este punto de mi voto a una mera remisión de lo expuesto entonces respecto de la vía escogida. Considero decisiva una nueva reflexión, expuesta más sintéticamente que en el precedente citado, acerca de dichos fundamentos.

En primer lugar, el amparo es claramente inadecuado para resolver un problema relativo a la existencia o posibilidad de existencia de un crédito del que es deudora una persona determinada. Por lo contrario, la satisfacción de los pasos establecidos en los procedimientos judiciales previstos en la ley procesal habrían permitido estar frente a la sentencia emanada de un juicio ordinario (o, cuando menos, sumario), cumplidas las exigencias típicas de este tipo de procedimientos (defensa y prueba) que, por su parte, habrían definido con mayor exactitud los términos del litigio planteado por la actora.

En segundo lugar, las condiciones constitucionales exigidas para la procedencia del amparo no resultan verificadas en el caso analizado. Así, la evidencia inicial de la ilegitimidad del acto u omisión cuestionados (primer recaudo) debe concurrir con un daño grave e inminente a un derecho constitucional o legal que deba ser restablecido de inmediato (segundo recaudo).

En mi opinión, la ausencia de ambas condiciones en el caso resulta palmaria, circunstancia suficiente para hacer lugar al recurso de la accionada, pues la ilegitimidad constitucional demandada por la amparista no resulta evidente o manifiesta (repárese asimismo en que la propia Constitución local abre la vía del amparo "... siempre que no exista un medio judicial más idóneo..."; art. 14).

6. Aquello expuesto en el punto anterior aconseja reiterar que la vía expedita y rápida prevista por la norma constitucional parcialmente transcripta, no constituye un procedimiento judicial genérico, residual y a voluntad de la actora, cuyo

funcionamiento resulte poco menos que subsidiario respecto de los procedimientos específicos reglados por la ley procesal. Como ya lo he dicho en casos recientes, no resulta legítimo, por regla, reemplazar procedimientos judiciales, previstos en la ley procesal, por el amparo como trámite más sencillo y rápido, *teóricamente*. "[A]l abuso permanente de esta vía 'expedita y rápida' lo acompaña el riesgo de tornarla autofrustrante, al vaciarla de toda especificidad y permitir su elección a gusto de la actora (ver, por ejemplo, expte. nº 4809/06, "Dr. Ricardo Monner Sanz c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA] s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. nº 4313/05, "Lotería Nacional Sociedad del Estado s/queja por recurso de apelación ordinario denegado en 'Dr. Ricardo Monner Sanz c/Instituto de Juegos de Apuestas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otros s/otros procesos incidentales'", resolución del 6/10/2006 y expte. nº 4781/06, "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Alonso, Daniel c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA]'", resolución del 30/11/2006, así como en los casos mencionados en los fundamentos de ese voto; aun más recientemente, "Fornasari, Norberto Fabio c/GCBA y otros s/amparo [art. 14, CCBA] s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 4911/06, resolución del 18/4/2007)" —conf. mi voto en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado" en 'Parcansky, Manuel Jorge c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 4970/06, resolución del 5/6/2007.

7. Por lo demás, cabe agregar que, de las consideraciones que anteceden y del desarrollo del recurso, esto es, de los principios y argumentos sintetizados anteriormente, provenientes del caso "Young", ya citado, resulta razonable —y, por lo contrario, lejano a la irrazonabilidad pretendida por la parte actora—, el contenido concreto de la reglamentación examinada. En efecto, aun cuando pueda coincidirse en afirmar que las prestaciones previsionales son contribuciones que, en una clasificación extensiva, pueden ingresar a la materia tributaria (impuestos, tasas y contribuciones), lo cierto es que la referida reglamentación no implica, necesariamente, que el fruto económico del trabajo de un abogado en el territorio de la Ciudad de Buenos Aires y en los tribunales allí ubicados quede exento de aquellas contribuciones que no están basadas en servicios ni beneficios concretos para el contribuyente, sino, por lo contrario, en aquellas fundadas en los principios de universalidad y solidaridad, esto es, en toda prestación previsional o social, cualquiera que sea el sistema que se adopte. Tampoco resulta correcto afirmar que la amparista no recibirá beneficio alguno por sus aportes previsionales, cualesquiera que ellos sean, pues esas contribuciones —bajo ciertas condiciones que, precisamente, regula la misma ley—, podrán ser proyectadas a su haber jubilatorio final. La circunstancia apuntada verifica que estos agravios, lo reitero, tampoco pueden tildarse de evidentes o manifiestos desde el punto de vista constitucional.

8. Por lo expuesto hasta aquí, mi solución, concordante con la propiciada por el señor Fiscal General Adjunto, consiste en hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la accionada y rechazar el amparo requerido. Las costas de todo el proceso se imponen en el orden causado (art. 14, CCBA). El

señor Secretario se servirá agregar una copia de la sentencia dictada en el caso "Young", con sus fundamentos más extensos, que aquí doy por reproducidos, para ilustración de las partes.

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

1. El recurso de inconstitucionalidad deducido por CASSABA fue correctamente concedido por la Cámara, ya que cumple los requisitos formales exigidos por la ley 402 y plantea adecuadamente un caso constitucional: el examen de la validez de la disposición 004-A-05 dictada por la Asamblea de Representantes de CASSABA, a la luz de distintos principios y derechos de jerarquía constitucional.

2. La cuestión planteada en este proceso ya ha sido abordada por este Tribunal *in re*: "Fornasari, Norberto Fabio c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido" (expte. nº 4911/06), resolución del 18/4/2007, por lo que corresponde hacer aplicación de los argumentos pertinentes expresados en aquella sentencia, a los que nos remitimos por razones de brevedad.

En consecuencia, votamos por: *a)* hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por CASSABA, revocar la sentencia de Cámara y rechazar la acción de amparo; *b)* imponer las costas de todo el proceso en el orden causado (art. 14, CCBA); *c)* agregar a este expediente copia de la sentencia de fecha 18/4/2007, dictada por el Tribunal en los autos "Fornasari, Norberto Fabio c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido" (expte. nº 4911/06)", y *d)* mandar que se registre, se notifique con copia de la sentencia indicada en el punto c) y, oportunamente, se devuelva.

Así lo votamos.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad deducido por CASSABA a fs. 331/350 (concedido parcialmente por la Sala II de la Cámara CAyT a fs. 369/370 vta.) debe ser rechazado ya que no cumple con lo prescripto por el art. 27 de la ley 402.

2. CASSABA afirma que la sentencia en crisis afecta derechos y principios de rango constitucional (arts. 81, inc. 5º de la CCBA, 14 bis y 16 de la C.N.).

La recurrente sostiene que "[e]l decisorio del tribunal *a quo* (...) ha venido a cercenar y desconocer el ejercicio de las facultades previstas en el art. 81, inc. 5º de la CCBA, que faculta a la Legislatura de la Ciudad a crear organismos de seguridad social para profesionales" (fs. 341 vta.) y, que la Sala II de la Cámara CAyT no ha efectuado "...una ponderación concreta sobre los conceptos emergentes de los principios inherentes a la seguridad social, al quicio constitucional derivado del art. 14 bis de la Constitución, a su sentido y alcance" (fs. 346 vta./347). Por fin, la demandada denuncia la situación desigualitaria en que la sentencia recurrida colocaría a abogados que se desempeñan en el ámbito de la Ciudad Autónoma (fs. 348 vta.).

Una lectura atenta del escrito de fs. 331/350 pone en evidencia que la mención de los derechos contenidos en la Constitución Nacional y local se agota allí.

3. En lo que sigue, CASSABA simplemente relata cómo —según su particular criterio— debieran interpretarse las normas locales involucradas en la materia —la ley 1181 (y su terminología, por ejemplo la expresión "afiliados") así como la disposición 004-A-05 de la Asamblea de Representantes—, sin llegar, siquiera, a controvertir constitucionalmente los fundamentos en que se apoya la resolución que se intenta poner en crisis.

Así dice: "[e]s la propia ley —bien leída— y no la reglamentación la que impone un régimen de aportes obligatorios como corolario de la realización de tareas dentro de la jurisdicción local y de la necesidad de financiamiento" (fs. 346 vta.).

En síntesis, la recurrente no da razones que vinculen la cuestión que pretende articular con la solución que impugna.

4. En estas condiciones, la mera mención de que se afectan principios y derechos de índole constitucional no es suficiente para habilitar la vía recursiva extraordinaria intentada pues, como lo ha sostenido en múltiples precedentes el Tribunal "[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. nº 131, resolución del 23/2/2000, en: *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. II, pp. 20 y ss.).

5. Por lo expuesto, voto por rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por CASSABA a fs. 331/350, con costas.

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el señor Fiscal General Adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Caja de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, *revocar* la sentencia de fs. 319/323 vta., que confirmó la de fs. 245/251, y *rechazar* la acción de amparo.

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

3º. *Agregar* a este expediente copia de las sentencias dictadas por el Tribunal de fecha 18/4/2007, en los autos "Fornasari, Norberto Fabio c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido" (expte. nº 4911/06) y de fecha 12/7/2007, en los autos "Young, Tomás Héctor Francisco c/Caja de Seguridad Social para Abogados de la Caba y otros s/amparo (art. 14, CCBA)" s/recurso de inconstitucionalidad concedido" (expte. nº 5143/07).

4º. *Mandar* que se registre, se notifique con copia de las sentencias indicadas en el punto anterior y, oportunamente, se devuelva.

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

XXXI

"RECREACIÓN Y DEPORTES S.A. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'RECREACIÓN Y DEPORTES S.A. C/OSABA (OBRA SOCIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES) S/OTROS PROCESOS INCIDENTALES'"

RECURSO DE QUEJA: Deserción del recurso. Reintegro del depósito.

SUMARIOS:

1. En atención a lo manifestado por la actora corresponde declarar desistido el recurso de queja y rechazar el pedido de reintegro del depósito efectuado, sin que obste a ese criterio la simple manifestación de la quejosa sobre el supuesto carácter abstracto de la queja, en tanto no se hace cargo del deber de acreditarlo ni enunciar fundamentos sobre la secuencia de las distintas actuaciones de las partes y de los tribunales intervinientes, lo que impide evaluar su conducta procesal. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde, Julio B. J. Maier y José O. Casás).*

2. Cabe devolver el depósito al recurrente porque si bien es cierto que lo efectuó y acreditó simultáneamente con el desistimiento del recurso de queja, es obvio también que su manifestación clara y precisa de desistir del recurso priva de toda eficacia al depósito en lo que se refiere a mantener el recurso directo. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 5616/07 - 5/3/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Recreación y Deportes S.A. (en adelante: RyD) interpuso ante el Tribunal recurso de queja por denegación del recurso de inconstitucionalidad que planteara contra la sentencia de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, dictada en los autos "Recreación y Deportes S.A. c/OSCBA (Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires) s/otros procesos incidentales" (fs. 19/36). En la providencia de fs. 39, se requirió al recurrente que integre el depósito y acredite la interposición en término de la queja.

2. A fs. 41/42 vta., RyD acompañó la boleta del depósito y desistió del recurso de queja interpuesto.

Expresó que su recurso de inconstitucionalidad se dirigió a cuestionar la sentencia de la Sala II de de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario que revocó la medida cautelar que le fuera concedida en primera instancia por la que se ordenaba a la demandada (ObSBA) "que se abstuviera de realizar cualquier acto material o jurídico que implicase perturbar o despojar a la actora [RyD] de la explotación del predio..."; pero que en otro juicio entre las mismas partes, caratulado ObSBA —Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires— c/Recreación y Deportes S.A. s/medida cautelar" se ha dispuesto que su parte reintegre el predio en cuestión, habiéndose dispuesto ya el mandamiento de lanzamiento. Considera que esa circunstancia ha tornado abstracto el planteo de la queja que interpusiera para sostener la medida cautelar.

3. Además, RyD solicita el reintegro del depósito efectuado ya que "la pérdida del depósito sólo está prevista para el caso de desestimación del recurso" y "las penalidades no pueden ser extendidas de manera analógica (arg. art. 18, C.N.).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. En atención a lo manifestado por RyD a fs. 42/42 vta., corresponde declarar desistida la queja deducida a fs. 19/36.

2. En cuanto al reintegro solicitado, de acuerdo con lo resuelto por este Tribunal *in re* "Austral Líneas Aéreas-Cielos del Sur S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Austral Líneas Aéreas —Cielos del Sur S.A. c/GCBA s/impugnación de acto administrativo— incidente de recurso de inconstitucionalidad c/medida cautelar'", expte. nº 1218/01, resolución del 26/6/2002; "Computec Sistemas S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'GCBA c/Computec Sistemas S.R.L. s/ejecución fiscal'", expte. nº 2186/03, resolución del 28/5/2003; "Sociedad Italiana de Beneficencia (Hospital Italiano) s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Sociedad Italiana de Beneficencia (Hospital Italiano) c/GCBA s/otros procesos incidentales'", expte. nº 2528/03, resolución del 17/12/2003, a los que cabe remitirse, corresponde dar por perdido el depósito efectuado a fs. 41.

3. No obsta la aplicación del criterio sentado en dichos precedentes la circunstancia expresada en el desistimiento referida al carácter abstracto de la queja, como consecuencia de un pronunciamiento dictado en otro juicio, en tanto la quejosa no se hace cargo de su deber de acreditarlo.

Por ello, voto por declarar desistida la queja y dar por perdido el depósito.

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

Adherimos al voto de nuestro colega, el juez Luis F. Lozano.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Adhiero al voto del señor juez de trámite, doctor Luis F. Lozano, en cuanto decide declarar desistida la queja deducida a fs. 19/36 y rechazar el pedido de reintegro del depósito efectuado a fs. 41, con sustento en la jurisprudencia del Tribunal que cita, aplicable al presente caso.

2. Por lo demás, la simple manifestación efectuada por la presentante, respecto al supuesto carácter abstracto de la presente queja, no conmueve lo decidido. Ello así, puesto que la interesada no acreditó ni esgrimió mayores fundamentos sobre la secuencia temporal de las distintas actuaciones de las partes y de los tribunales en éste y en otro proceso; circunstancia que impide evaluar su conducta procesal y las circunstancias relevantes del caso.

Por tanto, corresponde declarar desistida la queja y perdido el depósito.

Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

En atención a lo expresado por Recreación y Deportes S.A. a fs. 42 corresponde tener por desistida la queja interpuesta a fs. 19/36 y ordenar, con apoyo en los argumentos que siguen, la devolución del depósito al recurrente.

A fs. 39, punto II, el juez José O. Casás proveyó el escrito de fs. 19/36 en estos términos: "*II.* Hágase saber al recurrente que deberá integrar, en el plazo de cinco días, el depósito previsto por el art. 34 de la ley 402, bajo apercibimiento de declarar desistido el recurso".

La quejosa efectuó el depósito indicado cuya constancia (obrante a fs. 41) incorporó al expediente mediante el escrito de fs. 42 donde expresó: "*I.* (...) agrego boleta bancaria que acredita el depósito (...) previsto por el art. 34 ley 402. (...) *III.* (...) mi parte desiste del recurso de queja interpuesto. *IV.* (...) solicito el reintegro del depósito ingresado en autos..." (con mayúsculas en el original).

Es cierto que el recurrente efectuó el depósito y que —como dije— lo acreditó simultáneamente con el desistimiento del recurso de queja. Pero es obvio también que su manifestación clara y precisa de desistir del recurso de queja, formulada en el escrito de fs. 42 —lo que define la cuestión— priva de toda eficacia al depósito en lo que se refiere a mantener el recurso directo.

La secuencia en la actuación del recurrente efectuada en un mismo escrito en las condiciones señaladas en los párrafos anteriores y con fundamento en las razones expresadas arriba, permiten concluir que el depósito de $ 1.000 carece de causa (conforme art. 499 del Cód. Civil). En efecto, el supuesto de hecho con eficacia jurídica para exigir el depósito es la interposición de un recurso de queja, pero en este caso —cuya rareza no se me escapa— el actor quiere y no quiere algo en un mismo acto y, por lo tanto, hay que estar a la voluntad manifestada en último término, pues de lo contrario se trataría de un hecho imposible —recurrir y no recurrir— lo que tornaría nulo al acto por falta de objeto y de todos modos, se arribaría al mismo resultado: la devolución del depósito (conf. arg. art. 953 del Cód. Civil).

En mérito de las consideraciones expuestas, voto por declarar desistida la queja y ordenar la devolución del depósito al recurrente.

Por ello, y por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* desistido el recurso de queja interpuesto por Recreación y Deportes S.A. y dar por perdido el depósito integrado a fs. 41.

2º. *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.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier.*

XXXII

"BARRIL, JULIO EDUARDO Y OTROS S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'BARRIL, JULIO EDUARDO Y OTROS C/GCBA S/EXPROPIACIÓN INVERSA. RETROCESIÓN'"

RECURSO DE QUEJA. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD. EXPROPIACIÓN INVERSA: Retrocesión. Art. 12, inc. 5º de la CCBA. Indemnización en su justo valor. Nueva tasación. Art. 17 de la C.N.

SUMARIOS:

1. El momento de la valuación del inmueble expropiado tiene que ser necesariamente el del pago, puesto que cualquier diferencia entre uno y otro supondría la posibilidad de que el importe no correspondiera al justo valor. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

2. Cuando resulte manifiesto que el valor objetivo del bien expropiado se verá alterado con relación al que pueda imperar en el mercado a la fecha de la transferencia, constituye un deber de los magistrados conciliar las previsiones de la ley 238 con el contenido de la garantía del art. 12, inc. 5º de la CCBA (justo valor), con el fin de anudar el pago, la transmisión del dominio y el momento de la valuación, de manera que constituyan un sistema coherente en el cual el pago sea el equivalente de la propiedad transmitida. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

3. La sentencia recurrida debe ser revocada pues no ha contemplado que la razón de ser de la reparación por retrocesión es que debe consistir en un valor idéntico a la fecha en que la administración libere la suma de la indemnización a disposición del expropiado, en interés del derecho de propiedad garantizado en

los arts. 17, C.N. y 12, inc. 5º, CCBA, por lo que corresponde que en la etapa de ejecución de sentencia se realice una nueva valuación del inmueble propiedad de los actores. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

4. Se presenta una situación excepcional cuando entre el momento en que se fijaron los montos tenidos en cuenta para efectuar la tasación del inmueble expropiado y la fecha de dictado del fallo de segunda instancia transcurrieron más de dos años —sin tener en cuenta además que hasta la fecha de percepción de la indemnización habrá transcurrido más tiempo aún—, lapso en el que se produjo una significativa modificación en la situación económica general del país y, en particular, en el mercado inmobiliario que resulta de público y notorio conocimiento. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde).*

5. La regulación que efectúa el art. 17 de la C.N. privilegia la potestad del Estado para servir al bienestar público y el derecho de propiedad del sujeto expropiado con el fin de que el ejercicio de dicha atribución no se convierta en un despojo, por lo que ante la situación ciertamente excepcional que se plantea al haber transcurrido más de dos años desde el momento en que se fijaron los montos tenidos en cuenta para efectuar la tasación hasta la fecha del fallo de segunda instancia, lapso en el que se produjo una significativa modificación de los valores, resulta justificado practicar una nueva valuación del inmueble expropiado. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 5368/07 - 5/3/2008

VISTO:

el expediente citado en el epígrafe,

RESULTA:

1. El señor Julio Eduardo Barril, la señora Susana Esther Maiztegui y Sunnymorn S.A. promovieron demanda de expropiación irregular contra la Ciudad de Buenos Aires, respecto del inmueble sito en Lafuente 196/198 (fs. 41/50). En la demanda relatan que ante la posibilidad de efectuar algunas reformas en la propiedad, contrataron un arquitecto que al concurrir a la Dirección de Catastro para requerir la línea de edificación, fue informado de que el predio se encontraba afectado a expropiación por el ensanche de la Av. Juan Bautista Alberdi, de conformidad con la Ordenanza Municipal 44.095/89. Al respecto, sostienen que "la línea de afectación o de 'retiro obligatorio' comprende casi en su totalidad el inmueble de mi parte, (...) razón por la cual no existe posibilidad de reforma edilicia alguna" (fs. 41 vta.). Asimismo, afirman que por el art. 4.11.2.4 del Código de Planeamiento Urbano, la posibilidad de edificar en un predio afectado a expropiación por ensanche de vía pública implica la renuncia al mayor valor originado por tales obras —así como la obligación de limitar la edificación al piso bajo y el compromiso de ejecutar la fachada cuando la edificación se demuela—, lo que significa "en los hechos la negativa para edificar, y justifica plenamente la acción que se intenta al constituir uno de sus presupuestos clásicos" (fs. 44).

2. El juez de grado, luego de establecer que resultaba aplicable al caso la ley local de expropiaciones 238, consideró que se encontraban reunidos los extremos que tornan procedente la acción de expropiación. En virtud de ello, hizo lugar a la demanda por la suma de $ 261.000, de conformidad con el informe de valuación emitido por el organismo tasador.

En cuanto al plazo en el cual el demandado debía satisfacer el pago del monto estipulado, consideró inaplicable el procedimiento de los arts. 398, 399 y 400, CCAyT por resultar violatorio del derecho de propiedad, y ordenó su efectivización dentro del término de los sesenta días de firme la condena (fs. 1/4).

3. Al apelar, la actora se agravió únicamente respecto del monto. Su impugnación consistió en:

- que el juez falló con base en la tasación del Banco Ciudad y no ponderó la tasación del perito judicial por considerarlas similares, cuando en realidad no eran comparables por utilizar una metodología diferente para el cálculo, y porque "existe una diferencia de casi un año entre ellas, habiéndose elevado sustancialmente entre ambos períodos los precios de las propiedades de la zona, como es de público y notorio" (fs. 81 vta.).
- que de cualquier modo "ambas tasaciones se encontraban objetivamente desactualizadas al tiempo de dictarse la sentencia, y con mayor razón en la actualidad, (...) resultando necesario un nuevo dictamen para mantener el principio constitucional de la justa indemnización" (fs. 81 vta.).

Acompañó diversos artículos periodísticos que según él dan cuenta de el alza en los precios de las viviendas, y dos informes del perito de parte que intervino en la primera instancia, que fija un mayor valor al inmueble de autos (fs. 59/80 vta., y 87 vta.).

4. La Sala II de la Cámara CAyT rechazó el recurso interpuesto por la actora y confirmó la sentencia de primera instancia en todas sus partes (fs. 5/8 vta.).

Para así decidir, sostuvo que "la diferencia entre [las tasaciones] es nimia en términos *nominales* y, en términos *reales*, la allegada por el Banco Ciudad resguarda —en mayor proporción— la incolumidad del patrimonio del expropiado" (fs. 7, en versales en el original).

En cuanto a la invocada desactualización de la tasación, afirmó que el agravio era improcedente toda vez que "los extremos que alega consisten en afirmaciones genéricas y que, en modo alguno, se refieren —específicamente— al inmueble expropiado", y que "lejos de constituir nuevas circunstancias fácticas, se trata de aspectos que existían incluso antes de dictar sentencia el señor juez de grado" (fs. 7 vta.).

Finalmente, estableció "que el dictamen allegado por el Banco Ciudad no pudo ser rebatido exitosamente por la actora, deviniendo sus agravios en una mera discordancia carente de rigor, frente a la solvencia técnica de aquél", y que "la distancia temporal entre éste y la sentencia no conlleva —por sí— a invalidar esta última, desde que no se observa —de modo cierto e indubitable— que se haya

producido en un contexto económico crítico, que haya desvirtuado el resarcimiento concedido" (fs. 7 vta./8).

5. Contra esa resolución, la actora interpuso recurso de inconstitucionalidad por considerar que se encontraban violados el derecho de defensa en juicio, el principio de legalidad "por haberse incurrido en arbitrariedad al condenar al expropiante al pago de una indemnización evidentemente desactualizada por su antigüedad y sin permitir una nueva valuación que determinara el valor real al tiempo del fallo, vulnerando así los arts. 12, inc. 5º y 17 de las leyes fundamentales" (fs. 12). En particular, sostuvo que "la alegada arbitrariedad consiste, a mi criterio, en no reconocer una indemnización 'justa'" (fs. 15). Y enfatizó que "esta resolución no es razonable y lo más importante, no es justa, porque mis clientes no podrán adquirir una vivienda similar con ese dinero" (fs. 15 vta.).

El recurso fue contestado por la parte actora (fs. 93/96), y denegado por la Sala II por el auto interlocutorio cuya copia obra a fs. 10/11 vta. Contra esa resolución, la actora interpuso la queja de fs. 19/33 vta.

6. El Fiscal General Adjunto en su dictamen propició el rechazo del recurso directo (fs. 101/104 vta.).

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso directo interpuesto por los actores a fs. 19/33 vta. fue deducido en tiempo y forma, y se dirige contra la decisión interlocutoria que denegó el recurso de inconstitucionalidad. Sin embargo, no puede ser admitido.

2. Los miembros de la Sala II denegaron el acceso al Tribunal. En apoyo de su decisión dijeron: "[e]n el *sub lite*, los propios términos de la sentencia cuestionada establecen que los temas principales tratados en ella versaron sobre: *a)* la valuación del bien objeto de la litis, *b)* la introducción en esta instancia de cierta documentación que respaldaría la tesitura de la desactualización del valor a la luz de la interpretación asignada a los diversos incisos del art. 231 del CCAyT, *c)* la connotación del dictamen aportado en su momento por el Banco Ciudad, *d)* la pretensión de que se efectúe nueva tasación. Como se aprecia, se trata de cuestiones de hecho, prueba, procesales y relativas a la inteligencia dada a las disposiciones legales citadas. Es decir, todas materias propias de derecho común" (fs. 10 vta./11).

Asimismo, consideraron que "[e]n tal contexto, los argumentos expuestos para fundar el recurso interpuesto aparecen como genéricos", y que "la recurrente se limita a formular argumentaciones que no contienen más que su mero disentir con la interpretación efectuada en la sentencia de normas legales de naturaleza infraconstitucional, donde se hizo mérito de todas las cuestiones oportunamente planteadas" (fs. 10/11 vta.).

3. En la queja que obra a fs. 19/33 vta., la actora no intentó desvirtuar los argumentos que da la Sala II en el auto denegatorio del recurso de inconstitucio-

nalidad. En efecto, la accionante se limitó a transcribir partes del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad, sin proponerse rebatirlo o al menos criticarlo (fs. 19 vta.). La presentación directa ante este Tribunal, entonces, no dedica una sola línea a fundar la habilitación de instancia que persigue.

El recurrente no cumplió con la carga de demostrar el supuesto error en que incurrieron los jueces de la Sala II al cerrar su acceso al TSJBA. Por ello, la pretendida queja de fs. 19/33 vta. debe ser rechazada en términos similares a los que empleé en los exptes. nº 4426/05 "Technology Bureau S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'GCBA c/Technology Bureau S.A. s/ejecución fiscal'", sent. del 21/6/2006, y nº 4237 "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'GCBA c/Nonello S.R.L. s/ejecución de multa'", sent. del 8/2/2006.

En los fallos citados, sostuve que el escrito de la parte recurrente que se limita a reproducir las manifestaciones y argumentos del recurso de inconstitucionalidad, sin hacer referencia a la resolución que lo declaró inadmisible, no puede ser admitido como queja.

En este sentido, en casos en los que —como en el presente— el tribunal *a quo* expuso detalladamente las razones que motivaran la decisión denegatoria, más allá de su acierto o desacierto, la afectada debe hacerse cargo de ellas.

Como he dicho reiteradas veces, es requisito necesario de la queja que ella contenga una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad (conf. TSJBA *in re* "Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa 665-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 865, resolución del 9/4/2001).

En síntesis, el escrito de fs. 19/33 vta. no constituye, técnicamente, un recurso de queja y éste es el único medio que habilita al Tribunal a evaluar la procedencia del recurso de inconstitucionalidad denegado porque —como es sabido— no está procesalmente prevista su interposición directa ante los jueces con competencia para tratarlo. Por tanto, las deficiencias de la presentación del señor Barril, la señora Maiztegui y Sunnymorn, definen su rechazo.

4. En atención a las razones expuestas, voto por no hacer lugar a la queja.

El juez LUIS F. LOZANO *dijo:*

1. La queja fue deducida en tiempo oportuno y rebate en forma adecuada la resolución de la Cámara que le denegó el acceso a la jurisdicción de este Tribunal. Ello así, toda vez que la alegación de que la desvinculación palmaria entre el momento tomado para la fijación del monto indemnizatorio determinado en el caso y el del efectivo pago y transmisión del dominio importaría desconocer manifiestamente lo que disponen los arts. 12, inc. 5º, de la CCBA y 17 de la C.N., remite a la interpretación de normas constitucionales.

2. Los recurrentes, bajo la tacha de arbitrariedad, invocan, centralmente, la violación de su derecho de propiedad. Sostienen que la indemnización dispuesta

por la sentencia recurrida no es la que como 'justa' prevén los arts. 12, inc. 5º, de la CCBA y 17 de la C.N. Ello así, pues, a su criterio, al confirmar la sentencia de primera instancia, condenó al GCBA a pagar una indemnización que no reflejará, a la fecha de la transferencia de dominio, el valor objetivo de su inmueble, en cuanto tomó para fijarla una tasación del Banco Ciudad que tenía casi tres años de antigüedad. En este orden de ideas, expresan que "...en la sentencia se dispone la 'venta forzosa' (...) de un inmueble que fuera tasado al 2/8/2004 en la suma de $ 261.000,00 pese a que (...) percibirán esa cantidad recién en agosto de 2007...", lo cual no resulta razonable en tanto importaría privarlos de la posibilidad de adquirir una vivienda de similares características a la expropiada con ese dinero (fs. 399/399 vta.). Relatan que poseen en la actualidad un inmueble de 268,86 m^2 y la mentada tasación supondría asignarle un valor de, aproximadamente, unos 313 dólares el metro cuadrado precio que, a su juicio, no refleja los valores actuales de las propiedades en el barrio de Flores. Estiman que el valor actual de las propiedades en esa zona de la Ciudad ronda en los 639 dólares el metro cuadrado —estimación que sustentan en notas periodísticas y en peritajes que acompañaron al momento de apelar la sentencia de primera instancia— (conf. fs. 398 vta.).

Agregan, a su vez, que al no haberse establecido el valor del inmueble con la entrada en vigencia de la ley que declaró su utilidad pública (conf. art. 9º de la ley 238) éste debe fijarse, en todo caso, al tiempo de la sentencia ejecutoriada (conf. fs. 400).

3. La controversia en el *sub examine* no versa, a diferencia de lo que entendió la Cámara al denegar el recurso de inconstitucionalidad, sobre la interpretación de cuestiones de hecho, prueba y normas infraconstitucionales. Ese habría sido el caso si la discrepancia fincara en cuál era el valor de mercado del bien en un momento determinado, acerca de cuya selección coincidieran las partes. No es éste el punto que controvierten los recurrentes sino que lo hacen acerca del momento que manda la Constitución tomar como referencia, en los supuestos de expropiación, a fin de fijar los valores del bien sujeto a ella. En otras palabras, se discute cuáles son las condiciones de tiempo que elige el art. 12, inc. 5º, de la CCBA para asegurar que el monto abonado sea el "justo valor".

Dicho artículo dispone que la privación del dominio a que se refiere debe ser "...previamente indemnizada en su justo valor". Ello supone, obviamente que la pérdida del dominio a favor del estado expropiante debe ser precedida por el pago. A su vez, el pago debe satisfacer el "justo valor". Elimino aquí lo relativo a la reparación de daños distintos del valor del bien pues no están en disputa. El valor de un bien sólo puede ser concebido en relación a un lugar y a un momento ciertos. El lugar, en el caso de los inmuebles, no ofrece discusión. El momento de la valuación tiene necesariamente que ser el del pago, puesto que cualquier diferencia entre uno y otro supondría la posibilidad de que el importe no correspondiera al justo valor. Esa previsión no resulta novedosa. Sigue la lógica que reviste a toda compra-venta donde las partes ajustan el precio a las condiciones espaciotemporales que rijan al momento en que se ejecute la operación. No sería lógico pensar que

un precio puede ser fijado sin tener en cuenta dichas pautas, puesto que configuran la única forma de reflejar de manera adecuada cuánto representa el bien que será objeto de la operación en valores reales de plaza. En este orden de ideas, la CSJN tiene dicho al respecto que "...el criterio de la objetividad adoptado por la ley 13.264 [en la Ciudad de Buenos Aires por el art. 9º de la ley 238] para la determinación del justiprecio que excluye la apreciación subjetiva, permite, a los efectos de su razonabilidad, ajustarlo en cada caso, no solamente a las cualidades intrínsecas de la cosa expropiada, sino también a las circunstancias de lugar y tiempo; y si, en principio, se estima el valor objetivo equivalente al valor en plaza y al contado, es porque se tiene en cuenta el libre juego de la oferta y la demanda (Stanley L., Mac Michael: *Tratado de tasación,* trad. esp., pp. 1949, 429 y ss.)" (*Fallos,* 237:38).

4. Ciertamente, los procedimientos judiciales destinados a dirimir controversias acerca del justo valor difícilmente puedan asegurar que las diligencias probatorias sobre cuya base se apoye la sentencia, ésta misma y, finalmente, el pago sean llevadas a cabo en un mismo instante, al cual debería, además, estar referida la valuación materia de la prueba. Pero, estas dificultades de la organización de los procedimientos no justifican desconocer el contenido de la garantía tal como busca fijarlo el art. 12, inc. 5º, citado.

Una vez emitido el pronunciamiento judicial firme, va de suyo que no cabe reponer el debate acerca de lo que ya ha sido considerado y resuelto. Pero, no es éste el caso planteado por los recurrentes. Por el contrario, invocan que en el extenso período que corre entre el momento al que se refiere la valuación —dictamen del Banco Ciudad de fecha 2/8/2004— y el muy posterior en que podría llegar a operarse un pago aún pendiente se ha producido una modificación del valor del inmueble tal que el importe de aquella tasación ya no constituye ni un pálido reflejo del justo valor al tiempo de la reparación. De allí se sigue que el eventual pago no permitirá a los recurrentes adquirir un bien similar.

En tales condiciones, si bien es cierto que el procedimiento que el *a quo* le imprimió a la causa se encuentra alineado con una interpretación posible de las previsiones de la ley 238, no lo es menos que la Constitución se halla por encima de ella, situación que, unida a la búsqueda de la verdad objetiva —conf. art. 29, inc. 2º del CCAyT—, impone conciliar las previsiones de uno y otro cuerpo normativo para evitar arribar a soluciones violatorias de la norma de superior rango. Consecuentemente, de resultar manifiesto que el valor objetivo del bien expropiado se verá alterado con relación al que pueda imperar en el mercado a la fecha de la transferencia, es obligación de los jueces de la causa instrumentar los mecanismos que encuentren más idóneos para salvaguardar el valor del bien en cumplimiento de la manda constitucional recordada en el párrafo que antecede. Dichos valores dependerán de las situaciones particulares de cada caso concreto (v. gr. duración del proceso judicial, lapso transcurrido entre la tasación del Banco Ciudad, momento en que se sucede la transferencia de dominio, evolución de la plaza en los períodos considerados). En otras palabras, constituye un deber de los magistrados apartarse de ápices procesales a fin de anudar pago, transmisión del dominio y momento de

la valuación de manera que constituyan un sistema coherente en el cual el pago constituya el equivalente de la propiedad transmitida.

5. En el caso, los recurrentes han arrimado razones relevantes para prever que el valor objetivo del bien no va a quedar resguardado a la fecha en que opere la transferencia del dominio, razones que fueron desestimadas por el *a quo* con bases que no constituyen un tratamiento adecuado. En efecto, el juez de grado condenó el 20/9/2005 al GCBA a pagar dentro de los 60 días de *encontrarse firme la sentencia* la suma de $ 261.000 —en base a una tasación del Banco Ciudad que data del 2/8/2004—. A su turno, la Sala II de la Cámara en lo Contencioso Tributario de la CABA, el 28/12/2006, confirmó la sentencia de primera instancia manteniendo de este modo la mentada valuación. Para así decidir, en lo que ahora importa, expresó que "...no se encuentra desnaturalizada la indemnización concedida, ya que no es irrazonable computar la tasación consignada por el Banco Ciudad para agosto del 2004". En este orden de ideas, aun cuando puede ser cierta la afirmación transcripta y, más aún, resultar acorde con lo que la ley 238 manda, lo cierto es que el pago del precio con la consiguiente transferencia del dominio tendrá lugar cuando la sentencia se halle firme, esto es, con bastante posterioridad al dictado de la sentencia de Cámara y, más todavía, con la fecha testigo tomada en la tasación del Banco Ciudad. Esas circunstancias impiden tomar el valor tasado en el dictamen/8/2004 como representativo del que del libre juego de la oferta y la demanda surja al tiempo del pago y consiguiente transferencia del dominio; situación que obliga a tener que implementar métodos tendentes a que el precio que pague el GCBA por el bien refleje los valores de mercado a la fecha en que lo adquiera. Ello, toda vez que "...de acuerdo con el principio de que la indemnización expropiatoria —precio de la cosa y daños— tiende a establecer un equilibrio entre la situación económica anterior y posterior del expropiado, el momento no debe ser elegido ni en detrimento ni en beneficio de ninguna de las partes, y, por lo tanto, *corresponde fijar la indemnización en el momento de la desposesión de las cosa expropiada"* (*Fallos,* 204:534; 237:38 ya citado) (sin resaltar en el original). Puesto que, de otra manera, se vería conculcado el principio de igualdad consagrado en los arts. 11 de la CCBA y 16 de la C.N.

6. Por lo expuesto y habiendo dictaminado el Procurador General Adjunto; voto por, admitir la queja, hacer lugar a al recurso de inconstitucionalidad, revocar la sentencia impugnada y mandar que vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a los dispuesto en el párrafo que antecede. Costas por el orden causado, en atención a que el GCBA pudo considerarse con derecho a su pretensión.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Planteada como lo está la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en virtud de que la cuestión a analizar consiste en la determinación del monto de la indemnización por retrocesión a que tienen derecho los actores y, de consuno,

esa cuestión se trata como de hecho, prueba y derecho común —ajena, por lo tanto al ámbito del recurso mencionado—, es del caso señalar que los recurrentes al interponer el recurso adujeron, con corrección, que tal como quedó trabada la litis la cuestión a resolver interesa al derecho constitucional (particularmente a los arts. 17 de la C.N. y 12, inc. 5º de la CCBA), razón por la que, apartados los óbices formales, corresponde abrir el recurso de inconstitucionalidad también interpuesto.

En tal sentido, el valor indemnizatorio del inmueble (sito en Lafuente 196/198 esquina Juan Bautista Alberdi), sujeto a expropiación inversa, que el GCBA pretende abonar es el de $ 261.000, fijado por la respectiva sentencia de primera instancia, retrotrayéndose a agosto de 2004, con base en la opinión del Banco de la Ciudad de Buenos Aires. Esa cifra también fue convalidada —a pesar de la argumentación en contrario de los recurrentes— por la sentencia de Cámara del 28/12/2006. Y se mantiene incólume hasta la actualidad (febrero de 2008).

Frente a esta dificultad se alza la voz de los recurrentes, quienes aducen que el valor del inmueble sujeto a retrocesión es mucho mayor que aquél del párrafo anterior, por ello es que advierten que el principio de la "justa" indemnización, basada en la garantía de la propiedad (art. 17 de la C.N.) exige que se le restituya al propietario íntegramente el mismo valor del que se lo priva, ofreciéndole el equivalente económico que le permita, de ser ello posible, adquirir otro bien de similares características. Al efecto, acompañó el dictamen de un perito consultor técnico y recortes de periódicos conteniendo precios de inmuebles situados en la zona del que está sujeto a retrocesión. La oficialización de esas constancias fue negada por la Cámara a quo con el argumento de que las constancias a más de parciales, presentaban extrema laxitud y que el dictamen esta viciado de parcialidad "y contiene argumentaciones técnicas a favor de la parte a la cual asiste, razón por la que no genera la fuerza de convicción que la apelante pretende otorgarle".

En tanto la sentencia recurrida confirma la de primera instancia que fija la reparación en una suma líquida (ya mencionada), no ha contemplado la razón de ser de la reparación por retrocesión, esto es, que aquélla debe consistir en un valor idéntico a la fecha de su efectivo pago o, mejor dicho, a la fecha en que la administración libere la suma de la indemnización a disposición del expropiado. No existe duda en que la fijación del momento en el cual debe verificarse que la indemnización es equivalente a lo expropiado interesa al derecho de propiedad (arts. 17, C.N. y 12, inc. 5º de la CABA).

Hago mío, entonces, el criterio que postula la necesidad de practicar, en la etapa de ejecución de sentencia, una nueva valuación del inmueble propiedad de los actores (conf. fallo del 13/2/2008, *in re* expte. nº 5434/07, "Mendilahatzu, Dora y otros c/GCBA s/expropiación inversa. Retrocesión s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. nº 5423/07 "Mendilahatzu, Dora y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Mendilahatzu, Dora y otros c/GCBA s/expropiación Inversa. Retrocesión'").

Por las razones expuestas, corresponde: *a)* hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad —por tanto, también a la queja, que lo abre—, revocar la sentencia

apelada sólo en cuanto fue materia de agravio (valor del inmueble expropiado), y disponer que, a los fines de la condena impuesta al GCBA, el valor del inmueble objeto de este juicio de expropiación irregular sea establecido en la etapa de ejecución de sentencia, previa realización de una nueva valuación; y *b)* imponer las costas a la parte vencida (art. 62, primer párrafo, CCAyT).

El juez José O. Casás dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad deducido por la actora y la queja que intenta sostenerlo ante este Tribunal resultan admisibles, toda vez que se ha logrado demostrar en el caso que se encuentra involucrada de manera directa la interpretación de preceptos que gozan de jerarquía constitucional vinculados a la tutela del derecho de propiedad (art. 17, C.N. y art. 12, inc. 5º, CCBA).

2. La recurrente cuestiona la sentencia del *a quo* que: *a)* confirmó el valor de la indemnización fijado a raíz de la expropiación que recayó sobre un inmueble de su propiedad y calculado según valores corrientes de plaza vigentes en el mes de *agosto del año 2004*; y *b)* rechazó su petición orientada a lograr la realización de una *nueva determinación del monto* de la reparación por la privación del dominio del inmueble objeto de la expropiación.

En la sentencia objetada se sostuvo que "...la pretensión de que se practique una nueva intervención del perito y del Banco Ciudad, debe —también— decidirse por su negativa. ...porque al no presentar la economía alteraciones significativas, admitir el punto propuesto puede llevar —en un extremo— a soluciones inviables e inconsecuentes, ya que 'si bien es cierto que el monto de la indemnización debe resultar apropiado a la época de la desposesión, ha de entenderse que [...] este resulta el más cercano a la fecha del pronunciamiento, pues [de seguir otro parecer] se dilataría permanentemente la determinación de este aspecto a las resultas de las nuevas e inagotables tareas periciales con la consiguiente demora que la sustanciación de aquéllas y las posteriores impugnaciones y resoluciones conllevaría para finiquitar el trámite de la presente' (CNCiv., Sala H, *in re* "Lewib, Azriel", sentencia de fecha 23/6/2005). En suma, incluso cuando esta Sala —en reiteradas ocasiones— hizo hincapié en el aspecto instrumental del derecho adjetivo, como garantía de preservación del derecho sustantivo, en el *sub lite* no se evidencia que éste haya sido afectado, de manera de ordenar la instrucción de las medidas solicitadas por la actora. Es que, a mi juicio, no se encuentra desnaturalizada la indemnización concedida, ya que no es irrazonable computar la tasación consignada por el Banco Ciudad para agosto del 2004..." (fs. 391).

3. Al respecto, la actora adujo que "...al no haberse fijado el valor del inmueble al tiempo de la entrada en vigencia de la ley que lo declaró de utilidad pública (art. 9º de la ley 238) proceder que de por sí hubiera resultado absurdo en este caso, como V.E. lo manifestara en el considerando 7, debió haberse establecido el valor al tiempo de la sentencia, como fuera reiteradamente resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación..." y añadió que "...recoger una tasación de casi tres años atrás

y admitirla pese a su antigüedad no es contemplar la indemnización al tiempo del fallo o del pago que debiera seguir '*sin apreciable dilación*'. / El mismo expropiante debiera admitir una nueva valuación actualizada, en las condiciones fijadas por V.E. (...) y, en su caso, de no existir una diferencia apreciable como la determinada por nuestro consultor técnico, mi parte cargaría con las costas" (fs. 400).

4. A fin de dilucidar las implicancias constitucionales de lo decidido relativas a la garantía constitucional de la indemnización expropiatoria, resulta oportuno traer a colación las consideraciones vertidas por este Tribunal en un reciente pronunciamiento recaído en la causa "Mendilahatzu, Dora y otros c/GCBA s/expropiación inversa. Retrocesión s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 5434/07, y su acumulado "Mendilahatzu, Dora y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Mendilahatzu, Dora y otros c/GCBA s/expropiación Inversa. Retrocesión'", expte. nº 5423/07, sent. del 13/2/2008, que presenta cierta similitud con el *sub examine*.

En esa oportunidad se recordó que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado en numerosas oportunidades que, mediante la expropiación, el Estado ejerce un poder jurídico conferido por la Constitución, que impone el sacrificio de un derecho que también se asienta en la norma constitucional. El conflicto que así se plantea se resuelve por la preeminencia del interés público y por el irremediable sacrificio del interés del particular. Es por ello que el art. 17 de la Constitución nacional obliga a indemnizar debidamente al expropiado. En definitiva, ese sacrificio es repartido entre toda la comunidad —que se beneficia con el objetivo de la expropiación— quien, a través del Estado, indemniza a quien pierde su bien por causa del bienestar general. De tal forma, aun cuando el titular del bien no puede oponerse —en principio— a la declaración de utilidad pública, sí tiene derecho a que su patrimonio no sea gravado más allá de lo que consienta la igualdad ante las cargas públicas (*Fallos,* 268:112 y 318:445, entre otros).

Sobre la base de la garantía de la inviolabilidad de la propiedad y de la prohibición de la confiscación, la jurisprudencia del Alto Tribunal elaboró el principio de "justa indemnización" —calificativo que, cabe acotar, está expresamente consignado en el art. 12, inc. 5º, de la CCBA— que incluye, entre sus características, ser *actual, íntegra* y *previa* (*Fallos,* 268:112; 301:1205; 302:529; 304:782, 318:445, entre muchos otros).

Para que sea *justa*, la indemnización debe restituir al sujeto pasivo el valor objetivo del bien del que se lo priva y cubrir los daños y perjuicios que sean consecuencia directa e inmediata del acto expropiatorio (*Fallos,* 268:112 y 318:445, ya citados).

Desde la doctrina, el académico Miguel S. Marienhoff también ha destacado, en lo que ahora interesa, que, para dar cumplimiento a la regla constitucional de la *justa indemnización* debe adoptarse un sistema que refleje el costo de "reproducción" o de "reposición" del bien expropiado, es decir, "lo que habría que invertir para obtener actualmente un bien igual al de que se trata, y ponerlo en funcionamiento", debiendo restarse a ese valor, si fuere pertinente, el correspondiente a la depreciación si el

bien fuera susceptible de ella (v. *Tratado de derecho administrativo*, 6ª ed. actualiz., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, t. IV, p. 270). A continuación, el destacado autor ha explicado que, si bien con relación al *momento preciso* en que corresponde fijar o establecer el apuntado valor indemnizable existen distintos criterios: el de la "desposesión" (adoptado por el art. 20 de la ley nacional 21.499), el del "pago" definitivo, el de la "sentencia" definitiva o incluso aquel en que se dispone y se lleva a cabo la expropiación, puede afirmarse que todos ellos quedan comprendidos por el aludido concepto de *costo de reposición* o *de reproducción*, "máxime si entre esos momentos no mediare mayor transcurso de tiempo" (ob. cit., p. 274).

5. De conformidad con la posición que se ha delineado, el Tribunal cimero descalificó una decisión judicial que había desestimado el pedido de modificar la pauta indexatoria fijada o, en su defecto, la remisión de las actuaciones al Tribunal de Tasaciones de la Nación, a fin de lograr que la actualización del monto de condena permitiera adquirir un bien de iguales características que el expropiado (*Fallos,* 317:377). En el mismo fallo, dictado encontrándose ya vigente la Ley de Convertibilidad, se dejó señalado que "si bien no corresponde tomar en consideración exclusivamente como pauta de ajuste la pretendida por la actora —cotización de la divisa norteamericana—, no se puede ignorar que en los hechos el mercado inmobiliario, especialmente en épocas de fuerte inflación, expresa los montos negociados en dólares" (considerando 5º).

En otra sentencia, la Corte advirtió que si bien los índices publicados por el INDEC pueden ser utilizados a fin de obtener un resultado que se acerque, en la mayor medida posible, a una realidad económica dada, cuando ella determina resultados injustos o incluso absurdos frente a la realidad, ésta debe privar sobre abstractas y genéricas fórmulas matemáticas (*Fallos,* 315:992).

6. Tengo para mí que las directrices reseñadas en los puntos precedentes, orientadas a brindar efectiva tutela al derecho de propiedad garantizado constitucionalmente, deben ser tenidas en consideración en el presente caso, a la luz de las especialísimas particularidades que el mismo presenta —tasación del inmueble producida por el Banco Ciudad al 2/8/2004 (fs. 242/255); sentencia de primera instancia del 6/9/2005 (fs. 313/316) y sentencia de Cámara del 28/12/2006 (fs. 388/391 vta.); falta de depósito y desposesión y marcadas alteraciones de los valores de mercado en materia inmobiliaria.

No debe pasar desapercibido que la acción judicial de expropiación y la denominada expropiación irregular se han diseñado como procesos breves (ver, por ejemplo, idea que surge del art. 19 de la ley 21.499 que estableció en su momento que el proceso judicial tramitara como juicio sumario, así como el régimen de la ley de expropiaciones 238 vigente en la Ciudad desde el año 1999, que prevé el traslado de la acción por el término de 10 días, la apertura de la causa a prueba por 30 días, plazo para alegar de 5 días y para dictar sentencia de 30 días, conf. art. 14).

También estimo oportuno recordar que, en palabras de la CSJN en la causa: "Claudia Graciela Saguir y Dib" (*Fallos,* 302:1284), no debe prescindirse de las consecuencias que naturalmente derivan de todo fallo, ya que son éstas uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y su congruencia con el sistema en que está engarzada la norma, desde que la misión judicial no se agota con la remisión a la letra de la ley, toda vez que los jueces, en cuanto servidores del derecho y para la realización de la justicia no pueden prescindir de la *ratio legis* o del espíritu de la norma.

Es cierto que el tiempo que transcurre entre la producción de las diligencias probatorias (tasación) que permiten determinar el valor de un bien en la plaza y la sentencia puede, en ciertos casos, conllevar un desajuste entre la valuación y el valor actual. Cuando se permite la corrección del desajuste mediante índices de actualización y ellos reflejan en forma razonable el nuevo valor del bien expropiado, se salva la exigencia constitucional. Pero la situación cambia cuando no existe previsión legal y, como en el presente supuesto, se presenta una situación ciertamente *excepcional*, dado que, entre el momento en que se fijaron los montos tenidos en cuenta para efectuar la tasación (agosto de 2004) y la fecha de dictado del fallo de segunda instancia (septiembre de 2006) han transcurrido más de dos años —sin tener en cuenta además que hasta la fecha de percepción de la indemnización habrá transcurrido más tiempo aún—, lapso en el que, como se dijo, se produjo una significativa modificación en la situación económica general del país y, en particular, en el mercado inmobiliario que resulta de público y notorio conocimiento y sobre la que los actores pretendieron ilustrar al tribunal *a quo*. De allí que la negativa a producir en la etapa de ejecución una nueva tasación del inmueble en este juicio debe ser descalificada por comportar una interpretación irrazonable de la garantía constitucional de la indemnización expropiatoria.

En esta materia, la regulación que efectúa el art. 17 de la C.N. privilegia la potestad del Estado para servir al bienestar público y el derecho de propiedad del sujeto expropiado con el fin de evitar que el ejercicio de dicha atribución se convierta en despojo.

7. Entiendo necesario, entonces, practicar en la etapa de ejecución de sentencia una nueva valuación del inmueble objeto de la expropiación.

8. Por las razones expuestas, corresponde: *a)* hacer lugar a los recursos de queja e inconstitucionalidad interpuestos por la parte actora; *b)* revocar la sentencia apelada en cuanto fue materia de agravios; *c)* disponer que, a los fines de la condena impuesta al GCBA, el valor del inmueble objeto de este juicio de expropiación irregular sea establecido en la etapa de ejecución de sentencia, previa realización de una nueva valuación; y *d)* imponer las costas a la parte vencida (art. 62, primer párrafo, CCAyT).

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

Adhiero al voto de mi colega, el juez José O. Casás.

Por ello, emitido el dictamen del Fiscal General Adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Hacer lugar* a los recursos de queja e inconstitucionalidad interpuestos por Julio Eduardo Barril, Susana Esther Maiztegui y Sunnymorn S.A., *revocar* la sentencia apelada en cuanto fue materia de agravios y disponer que, a los fines de la condena impuesta al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el valor del inmueble objeto de este juicio de expropiación irregular sea establecido en la etapa de ejecución de sentencia, previa realización de una nueva valuación.

2º. *Imponer* las costas a la parte vencida.

3º. *Devolver* el depósito de fs. 38.

4º. *Mandar* que se registre, se notifique, se agregue esta queja al expediente principal y se remita a la Sala que intervino en el proceso.

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

XXXIII

"HERNÁNDEZ CRESPO, MARÍA Y OTROS C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Carrera de Profesionales de Acción Social. PERSONAL DE PLANTA TRANSITORIA: Incorporación a planta permanente. Readecuación escalafonaria. Igual remuneración por igual tarea. Principio de igualdad ante la ley. Derecho de propiedad. Principio de congruencia. Principio de *iura novit curia.* Debido proceso. Derecho de defensa en juicio.

SUMARIOS:

1. Se debe rechazar el recurso de inconstitucionalidad porque si bien el principio de congruencia, fundado en la garantía constitucional a la defensa en juicio y consagrado legislativamente en los arts. 145, inc. 6º y 247 del CCAyT, exige que se guarde una estricta correlación entre las pretensiones deducidas en juicio y la sentencia, en el presente caso, los jueces pudieron con razón, considerar comprendida entre las cuestiones a decidir no sólo los reclamos explícitamente enunciados sino también aquellos que quedaron comprendidos conceptualmente dentro de esa formulación o que podían derivarse de ella mediante un mecanismo reflexivo previsible para quien tiene el derecho a defenderse de ellas. *(Voto del señor juez Julio B. J Maier, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

2. La exigencia del concurso previsto en el art. 43 de la CCBA para el ingreso a las carreras por especialidad es compatible con la aplicación de otros principios constitucionales que protegen el salario de los agentes públicos, como el de igual remuneración por igual tarea (art. 14 bis de la C.N.), por lo que los jueces pudieron válidamente reconocer en la sentencia impugnada sobre la base de esos preceptos se reconozca el derecho a la percepción de diferencias salariales, aunque no la recategorización o el reescalafonamiento, sin afectar con esa que esa decisión la *causa petendi* ni el derecho de defensa del GCBA. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

3. La pretensión de que se encasille a las actoras en la Carrera Profesional de Acción Social, lleva implícita aquella otra destinada a adecuar las remuneraciones a dicho escalafón, por lo que si el a quo entendió que no podía disponer el ingreso de las actoras a dicha carrera en virtud de lo dispuesto en el art. 43 de la CCBA, bien pudo al tener por acreditadas las tareas que ellas realizaban efectivamente, hacer parcialmente lugar a la pretensión articulada reconociendo el derecho a la equiparación de haberes, conceptualmente comprendida dentro de lo demandado. *(Voto del señor juez Luis. F. Lozano).*

4. Los jueces pueden aplicar otras normas jurídicas distintas a las invocadas por el actor —en virtud del *iura novit curia*— sin afectar el principio de congruencia, pero de ninguna manera podrían hacer mérito de una situación fáctica distinta a la invocada por el accionante. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

5. En virtud del principio de congruencia, consagrado en los arts. 145, inc. 6º y 247 del CCAyT, debe existir una estricta correlación entre la sentencia y las pretensiones deducidas en juicio, de modo que el juez no puede dejar de decidir alguna pretensión, ni decidir otras distintas. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

6. Cabe hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad pues resulta inconcebible, desde el punto de vista del debido proceso, que se les reconozca a los actores el derecho a una mayor remuneración por realizar las mismas tareas que los profesionales incluidos en el régimen especial, sin haberle dado la oportunidad procesal al GCBA de alegar y probar por qué ello no es así. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

7. Si bien es cierto que lo atinente a la determinación de las cuestiones comprendidas en la *litis* y al alcance de las peticiones de las partes incumbe privativamente a los jueces de la causa, también lo es que, cuando en el ejercicio de su deber de resolver las controversias que les son sometidas, los magistrados introducen en el proceso hechos o pretensiones que no han sido articulados en los escritos de demanda y contestación, esa circunstancia no resulta tolerable en términos constitucionales y requiere reparación. *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás).*

Expte. nº 5459/07 - 5/3/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. María Verónica Hernández Crespo, Cristina Raquel López, Sandra Baita, Mónica Iris Seijas, María Cristina Luján Lospennato, Silvia Beatriz Parisi, Paula Mariel Moreno, Verónica Paulette Ianco, Nélida Sisini, Mónica Susana Damaso, Adriana Mónica Medina, Graciela Isabel Sánchez y Andrea Marta Ventura (en adelante, las actoras) promovieron una acción de amparo contra el GCBA (en adelante, GCBA), para que se declare la inconstitucionalidad de la parte dispositiva del art. 2º del dec. 491/03 y que se las readecue escalafonariamente en la "Carrera de Profesionales de Acción Social".

El artículo cuestionado por la actora, dispone que el personal designado en las plantas transitorias no docentes del Gobierno de la Ciudad con anterioridad al 1º/3/2002 y que continúe en tal carácter, quedará comprendido a partir del 1/4/2003 dentro de los alcances establecidos en la ley 471 para el Personal de Planta Permanente de la Administración Central. Conforme el planteo de las actoras, el pase a planta permanente debió operarse a partir del 1º/3/2002, según lo acordado en el marco de la negociación colectiva (Actas de Negociación Colectiva Nº XVIII y XIX) que fue convalidado por el art. 1º del dec. 491/03. Atento que el Acta Acuerdo nº XVIII dispuso que el cierre de la Carrera de Profesionales de Acción Social se produciría el 1º/4/2002, las actoras sostienen que se les privó de incorporarse a la Carrera de Profesionales que les correspondería en atención a sus funciones en el Consejo de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes; situación que afecta sus derechos a percibir una remuneración justa, a igual remuneración por igual tarea, a igualdad ante la ley y a la propiedad.

En el petitorio requirieron que "se declare la inconstitucionalidad de *la parte dispositiva del art. 2º del dec. 491/03,* que dispone que la incorporación a la Planta Permanente de las Plantas Transitorias no docentes, sea a partir del día *1º/4/2003* y, consecuentemente, con ello: *V.S. conmine al GCBA, a incorporar y encasillar a las suscriptas, a partir del día 1º/4/2002, en la 'Carrera de Profesionales' de la Secretaría de Desarrollo Social, en un todo de acuerdo a lo dispuesto por el dec. 1489/02 y la Ordenanza 45.199"* (fs. 42/54 vta., destacado con cursiva en el texto transcripto).

El GCBA, al presentar el informe previsto por el art. 8º, ley 16.986, se opuso a la procedencia de la acción por razones formales y de fondo (fs. 61/67).

El juez de primera instancia rechazó la demanda (129/134).

2. Las actoras apelaron la sentencia (fs. 139/148).

El GCBA no contestó el traslado (véase el "visto" de la resolución de fs. 191/199 vta.).

La Sala I de la Cámara de Apelaciones, por mayoría, resolvió: "Modificar la sentencia apelada y acoger el reclamo de equiparación de haberes que resulta comprendido en la pretensión deducida, ordenando a la parte demandada que, mientras las actoras realicen tareas propias de la Carrera de Profesionales de Acción social (ordenanza 45.199), remunere sus servicios de la misma manera que si hubiesen sido

incorporadas a ese escalafón. Sin costas en esta instancia, por no haberse suscitado controversia ante la Alzada".

Para así decidir, el voto de la mayoría sostuvo, entre otros argumentos: "*XIII.* ... la pretensión de las amparistas (en sus dos aspectos, es decir, que su ingreso a la planta permanente —que no tuvo lugar por concurso sino por el dec. 491-GCBA/03— se compute a partir del día 1º/4/2002 y que, como consecuencia de ello, se vean beneficiadas por el dec. 1489-GCBA/02), no puede ser acogida por esta Alzada. Ello así, toda vez que se sustenta en actos viciados de ilegitimidad manifiesta, en la medida en que resultan contrarios al régimen constitucional y legal aplicable (conf. consid. VIII, X y XII). // *XIV.* Las accionantes ingresaron irregularmente a la planta permanente de la administración local y, en rigor, lo que pretenden es un 'mejor ingreso irregular', es decir, ingresar en condiciones más favorables, sobre la base de que otros han sido beneficiados con esas condiciones, también en forma irregular. Con toda evidencia, esta pretensión no puede ser avalada por el Poder Judicial, cuya misión no es asegurar el reparto equitativo de la ilegitimidad sino la efectiva y eficaz realización del derecho. // Pero, dado como hecho el ingreso —que no ha sido cuestionado por la autoridad administrativa por vía de la acción de lesividad—, y sin perjuicio de la improcedencia de que las actoras sean incluidas en la Carrera de Profesionales de Acción Social (conf. consid. XIII), sí tienen derecho a recibir igual trato que los agentes comprendidos en el escalafón especial, en tanto y en cuanto desempeñen funciones propias de este último. Más allá de la pretensión puntual contenida en la demanda, al desarrollar sus fundamentos se citan preceptos constitucionales que no pueden ser soslayados para resolver. // Al respecto, cabe señalar que el trabajador tiene derecho a que se le remunere toda su labor, y nada justifica que esa remuneración no sea igual a la que reciben los demás agentes que realizan las mismas tareas, tanto los que han ingresado a la carrera por concurso como los que lo hicieron ilegítimamente, por medio del dec. 1489-GCBA/02. En efecto, no hay ninguna norma que disponga que quienes han ingresado por concurso tienen derecho, por ese sólo hecho, a una retribución mayor. El legislador pudo establecerlo —considerando al concurso como un parámetro relevante para la distinción— pero no lo hizo" (fs. 193 vta./194).

3. El GCBA interpuso contra la sentencia obrante a fs. 191/199 vta. un recurso de inconstitucionalidad (fs. 209/220), cuyo traslado fue contestado por las actoras (fs. 231/241).

La Sala I, si bien afirmó que "la parte demandada invocó de forma genérica diversas disposiciones constitucionales, como ser que 'la sentencia impugnada viola las garantías del debido proceso y de la defensa en juicio (art. 18, CCBA)...' (ver fs. 209 vta.)", concedió el recurso de inconstitucionalidad fundado en que "*el Superior consideró en un precedente parcialmente semejante que había tenido anterior radicación en la Sala II de esta Cámara (in re* expte. TSJBA nº 3995/05 'Di Paola, Claudio Marcelo José s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Di Paola Claudio c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)', sent. del 19/10/2005, que se encontraba configurado un caso constitucional —y, por ello, consideró

formalmente procedente el recurso de inconstitucionalidad y examinó el fondo de la cuestión litigiosa—, es dable conceder el remedio intentado, por aplicación de igual criterio" (fs. 264 y vta.).

4. Requerido su dictamen por el Tribunal, el Fiscal General Adjunto propicia que se "haga lugar al recurso de inconstitucionalidad articulado por la parte demandada y revoque la sentencia recurrida" (fs. 271/274), ya que el fallo apelado "en cuanto obliga al Gobierno a equiparar los salarios de las actoras con el resto del personal beneficiado por el dec. 1489/02, incurre en una decisión *extra petita,* vulnerando el debido proceso y el derecho de defensa de esa parte, al haberlo privado de la posibilidad, en el marco del proceso judicial, de controvertir ampliamente aquella supuesta pretensión, ofrecer y producir en su caso, la prueba pertinente".

FUNDAMENTOS:

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. El GCBA cuestiona la sentencia, principalmente, por afectación del debido proceso y del derecho de defensa de su parte al fallar sobre una cuestión no planteada por las actoras.

Comenzaré por recordar las dos pretensiones expresadas por las actoras en su demanda y lo decidido por el tribunal en la sentencia.

La parte actora requirió: *a)* la declaración de inconstitucionalidad de la parte dispositiva del art. 2º del dec. 491/03, que modificó unilateralmente la fecha de incorporación a planta permanente de los agentes de planta transitoria, oportunamente acordada por el GCBA y la representación gremial. El Acta de Negociación Colectiva Nº XVIII dispuso que el cierre de la Carrera de Profesionales de Acción Social tendría lugar el 1º/4/2002. Las actoras interpretan que el decreto impugnado parcialmente significa, en el plano fáctico, la privación de su posibilidad de incorporarse a la Carrera de Profesionales y, en el jurídico, la afectación de sus derechos a percibir una remuneración justa, a igual remuneración por igual tarea, de igualdad ante la ley y de propiedad; y *b)* la readecuación de su situación escalafonaria, encasillándolas en la Carrera de Profesionales de la Secretaría de Desarrollo Social a partir del 1º/4/2002.

El tribunal de alzada resolvió, sustancialmente, rechazar el recurso en cuanto a la declaración de inconstitucionalidad y el reescalofaniento (por considerarlos lesivos de la exigencia constitucional de "concurso", art. 43, CCBA), aunque dispuso la equiparación de los haberes de las actoras con la de los agentes incorporados a la Carrera de Profesionales de Acción social (ordenanza 45.199) mientras ellas realicen tareas propias de esa carrera, con base en principio constitucional de igual remuneración por igual tarea; reclamo que consideró comprendido en la pretensión deducida por las actoras.

2. El principio de congruencia, fundado en la garantía constitucional a la defensa en juicio y consagrado legislativamente en los arts. 145, inc. 6º y 247,

CCAyT, exige que se presente una estricta correlación entre las pretensiones deducidas en juicio y la sentencia. Ahora bien, establecer el alcance de las pretensiones de las partes es materia regulada por las leyes procesales y su determinación, por tanto, en principio, privativa de los jueces de la causa (doctrina de *Fallos,* 295:548; 300:468; 301:449; 302:175, entre otros). Sólo cuando los jueces exceden los umbrales mínimos de razonabilidad en la interpretación del lenguaje, la sentencia puede ser descalificada si desvirtúa el objeto de la litis y permite a los jueces fallar sobre capítulos no sometidos a su decisión por las partes.

La sentencia recurrida pudo, a mi juicio con razón, considerar comprendida entre las cuestiones a decidir no sólo los reclamos explícitamente formulados sino también aquellos que quedaron comprendidos conceptualmente dentro de esa formulación o que podían derivarse de ella mediante un mecanismo reflexivo previsible para quien tiene derecho a defenderse de ellas (conf. voto del juez Lozano *in re* "Paz, Marta y otros c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA] s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 3167/04, resolución del 3/3/2005).

Bien señala la parte recurrida al contestar el recurso de inconstitucionalidad las reiteradas oportunidades en las que, durante el juicio, se refirió a las exigencias constitucionales de igual remuneración por igual tarea, retribución justa, etc., cual era la remuneración que pretendían percibir y, claro está, que el reescalafonamiento peticionado en la demanda se traduciría, indefectiblemente en un incremento salarial.

De tal manera, el GCBA recurrente no demuestra que la decisión de la Cámara hubiese afectado la *causa petendi* ni el derecho de defensa de su parte.

3. El Tribunal ha tenido ya oportunidad de considerar en varios pronunciamientos [*in re*: "Arteaga Diehl, Aníbal Mario y otro s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Arteaga Diehl, Aníbal Mario y otro c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 2174/03, sent. del 17/9/2003; "'Carracedo, Hugo Luis s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado' y su acumulado 'GCBA s/recurso de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado' ambos en 'Carracedo, Hugo Luis c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", exptes. nº 2567/03 y nº 2578, sent. del 20/4/2004; "Berria, Héctor Armando s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Berria, Héctor Armando c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 2824/04 y sus acumulados "Ravazzani, Norberto s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Ravazzani, Norberto c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'" expte. nº 2825/04 y "Meirovich, Cecilia Elizabeth s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Meirovich, Cecilia E. c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'" expte. nº 2826/04, sent. del 9/6/2004; y "Polverelli, Alfredo Eugenio s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado y su acumulado GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, ambos en 'Polverelli, Alfredo Eugenio c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", exptes. nº 2781/04 y nº 2803/04, sent. del 16/6/2004; "Amarilla, Lida Ursulina s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Amarilla, Lida Ursulina c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 3994/05, sent. del 19/10/2005; "Di Paola, Claudio Marcelo José s/queja por

recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Di Paola, Claudio c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA]'", expte. nº 3995/05, sent. del 19/10/2005, "Ruiz, María Laura c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 4790/06, sent. del 29/11/2006; entre otros] la disposición del art. 43 de la Constitución local que establece que en la Ciudad "Se reconocen y organizan las carreras por especialidad a las que se ingresa y en las que se promociona por concurso público abierto". En esas sentencias se señaló:

a) que la regla constitucional debe ser tenida en cuenta por los tribunales para resolver las controversias que se suscitan, aunque ella no haya sido invocada por las partes;

b) que la exigencia del aludido concurso es compatible con la aplicación de otros principios constitucionales que protegen el salario de los agentes públicos (v. gr. el principio de igual remuneración por igual tarea de los arts. 14 bis, C.N. y 43, primer párrafo, CCBA), lo que permite que sobre la base de estos preceptos se reconozca el derecho a la percepción de diferencias salariales, aunque no la recategorización o el reescalafonamiento.

4. Por lo dicho, en tanto los jueces pudieron válidamente considerar que el caso exigía decidir la equiparación remuneratoria que finalmente dispusieron, en atención a los principios constitucionales por los que, por un lado, rechazaron las pretensiones expresas, y, por el otro, acogieron el reclamo patrimonial contenido en ellas, no advierto lesión constitucional alguna que el Tribunal deba reparar en esta instancia. Voto, en consecuencia, por rechazar el recurso de inconstitucionalidad planteado por el GCBA.

5. En cuanto a las costas, el carácter implícito de la pretensión acogida por la Cámara, a mi juicio, justifica que el GCBA pudiera considerarse con razón para plantear el recurso de inconstitucionalidad, por lo que deberán ser soportadas en el orden causado.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

En atención a los fundamentos expuestos por el juez Maier en los aparts. 2, 4 y 5 de su voto, adhiero a la solución que propicia.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. No hallándose en juego la validez del dec. 491/03 —a través del cual se instrumentaron los acuerdos consagrados en las actas VI, del 19/4/2001 y, XVIII y XIX, ambas del 21/3/2002—, sino únicamente el alcance de las tareas que efectivamente realizan las actoras, por los fundamentos dados en los puntos 1 y 2 del voto del doctor Julio B. J. Maier, que, a mi criterio, explican acabadamente la ausencia de relación directa entre el planteo relativo a la violación del principio acusatorio y lo resuelto por el *a quo,* voto por declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad.

2. Lo expuesto no se ve conmovido por la invocación de lo resuelto por este Tribunal *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración'", expte. nº 3565, resolución del 26/5/2005), en tanto la situación de autos dista de la que tuvo por objeto dicho precedente. En esa causa, la condena impuesta por la Cámara y revocada por el TSJBA destinada a que Gobierno de la Ciudad se presentase ante el órgano previsional competente, a fin de regularizar la situación de los actores respecto de las contribuciones debidas al sistema de jubilaciones y pensiones desde la entrada en vigencia de los decs. 4937/91 y 5787/91, excedía de manera manifiesta las pretensiones formuladas en la demanda. Tal como surge del voto de la doctora Conde, los actores habían formulado tres peticiones, a saber: *i)* que se declarase el carácter remunerativo de los adicionales controvertidos; *ii)* que se condenase al GCBA a que en las futuras liquidaciones de sueldo considere a dichos adicionales como parte del salario y; *iii)* que se abonasen las diferencias de sueldo anual complementario derivadas de la incorrecta liquidación de haberes con sus correspondientes actualización e intereses. En este orden de ideas, no sólo no formó parte de las pretensiones el deber de regularizar la situación de las contribuciones adeudadas, sino que la concreción de ninguna de ellas conllevaba el deber implícito de hacerlo. En cambio, en el *sub examine,* la pretensión destinada a que se encasille a las actoras en la Carrera Profesional de Acción Social, lleva implícita aquella otra destinada a adecuar sus remuneraciones a dicho escalafón, consecuentemente, si el *a quo* entendió que no podía disponer el ingreso de las actoras a dicha carrera profesional porque de hacerlo, a su juicio, iría en contra de lo dispuesto en el art. 43 de la CCBA, bien pudo, al tener por acreditada las tareas que efectivamente realizan las accionantes, hacer parcialmente lugar a la pretensión articulada, esto es, reconocer, únicamente, la equiparación de haberes que conceptualmente resulta comprendida dentro de lo demandado.

Por lo demás, el GCBA no ha controvertido la interpretación que la Cámara le asignó al principio de igual remuneración por igual tarea (conf. arts. 43 de la CCBA y 14 bis de la C.N.) y, menos aún, los hechos que tuvo por probados, esto es, que las actoras realizan tareas propias de la Carrera de Profesionales de la Secretaria de Desarrollo Social.

Por lo expuesto, y habiendo dictaminado el Procurador General Adjunto, considero inadmisible el recurso de inconstitucionalidad y voto por desestimarlo. Costas a la vencida.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA a fs. 209/220, y declarado admisible por la Cámara a fs. 264, fue deducido en legal tiempo y forma, y se dirige contra una sentencia definitiva.

En dicho recurso plantea un solo agravio contra la sentencia definitiva de fs. 191/199: la presunta afectación de las garantías constitucionales al debido proceso y la defensa en juicio en que habría incurrido la Cámara al expedirse sobre una

cuestión no propuesta por las partes, violando de esta manera el principio de congruencia. Como veremos a continuación, este planteo presenta argumentos serios que permiten tener por configurado el caso constitucional requerido por la ley 402, lo que amerita el tratamiento del recurso de inconstitucionalidad.

2. Como cuestión liminar y previo a analizar el caso de autos, considero pertinente desarrollar algunas consideraciones sobre el concepto y contenido de la *pretensión procesal,* y sobre el *principio de congruencia.*

a) La pretensión, que constituye el objeto del proceso, es aquel acto en virtud del cual se reclama ante un órgano judicial y frente a una persona distinta, la resolución de un conflicto suscitado entre dicha persona y el autor del reclamo.

Como enseña con erudición el doctor Palacio (Palacio, Lino E.: *Manual de derecho procesal civil,* 17ª ed. actualiz., pp. 96/97, LexisNexis, Buenos Aires, 2003), la pretensión presenta tres elementos, uno subjetivo —sujetos— y dos objetivos —objeto y causa:

Tres son los *sujetos* de toda pretensión: la persona que la formula *(sujeto activo),* aquella frente a quien se formula *(sujeto pasivo)* y la persona ante quien se formula *(órgano judicial),* que decidirá el acogimiento o rechazo de la pretensión.

El *objeto* es el efecto jurídico que se persigue y que presenta dos aspectos: la clase de pronunciamiento que se reclama al órgano judicial —es decir la condena, declaración, ejecución, etc.— *(objeto inmediato),* y el bien sobre el cual debería recaer dicho pronunciamiento —como sería el hecho o conducta que el demandado debería realizar, la suma de dinero que debería entregarse, etc.— (objeto mediato).

La *causa, fundamento o título* de la pretensión consiste en la situación de hecho que invoca el actor, y a la que le asigna una determinada consecuencia jurídica.

De lo expuesto podemos extraer, entre otras —y en lo que nos interesa—, dos conclusiones:

Para identificar correctamente el objeto de una pretensión, debemos ponderar los dos aspectos del mismo, tanto el inmediato como el mediato. Y cuando se trata de sentencias de condena, es esencial determinar con claridad la obligación de dar, hacer o no hacer que se pretende del demandado.

No debe confundirse la causa con los argumentos o las normas jurídicas invocadas por el actor, ya que éstos no individualizan la pretensión sino los hechos afirmados, es por ello que los jueces pueden aplicar otras normas jurídicas distintas a las invocadas por el actor —en virtud del *iura novit curia*— sin afectar el principio de congruencia, pero de ninguna manera podrían hacer mérito de una situación fáctica distinta a la invocada por el accionante.

b) En virtud del principio de congruencia, consagrado en los arts. 145, inc. 6º y 247, CCAyT, 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 (conf. mi voto en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Farías, María

Antonia c/GCBA s/empleo público —no cesantía ni exoneración—'", expte. nº 3565/04, resolución del 26/5/2005).

En tal sentido, una constante jurisprudencia de la CSJN vincula el principio de congruencia con la garantía constitucional de la defensa en juicio y señala como regla que el pronunciamiento judicial que desconoce o acuerda derechos no debatidos es incompatible con las garantías constitucionales, pues el juzgador no puede convertirse en la voluntad implícita de una de las partes, sin alterar el equilibrio procesal de los litigantes en desmedro de la parte contraria. (*Fallos,* 310:2709).

Como sostuvo la Corte en "Sorba, Luis y otros c/Superintendencia de Seguros de la Nación y otro" (S. 995. XXXVI, resolución de fecha 24/6/2004), "...los argumentos que dieron lugar a la decisión del a quo, al no constituir el punto de controversia de las partes y ser motivos ajenos a la demanda, careció de debate entre ellas (...) habiéndose introducido efectiva y ciertamente el asunto en una oportunidad impropia para posibilitar la discusión de su procedencia y al no corresponder a los jueces extender el principio *iura novit curia* a apartarse de lo que tácitamente resulte de los términos de la demanda, se termina reconociendo supuestos derechos no debatidos en violación a la garantía del art. 18 de la C.N. ..." (conf. mi voto en "Pereyra Loizaga, Nidia Angélica c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 3138/04, resolución del 24/11/2004).

3. Sentado lo expuesto, para determinar si la Cámara violó el principio de congruencia —como alega el recurrente— debemos analizar en qué términos fue planteada la demanda, y especialmente qué pretensiones contiene la misma.

La presente acción judicial fue iniciada por un grupo de empleadas que cumplen funciones profesionales en el ámbito de la Secretaría de Desarrollo Social y el Consejo de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes de la Ciudad de Buenos Aires, y que antes del dictado del dec. 491/2003 pertenecían a la Planta Transitoria de la ex MCBA (fs. 43 vta./44 vta.).

Afirman que adquirieron el derecho a ser incorporadas a la Planta Permanente de la Administración Central del GCBA a partir del 1º/3/2002, y como consecuencia, a ser incorporadas en la "Carrera de Profesionales Universitarios de la Secretaría de Desarrollo Social" a partir del 1º/4/2002. Todo ello en forma automática y sin necesidad de concurso.

Por lo tanto, sostienen que el art. 2º del dec. 491/2003 es ilegítimo, ya que modificó unilateralmente la fecha acordada originalmente en el punto I del acta nº XVIII para la incorporación a la Planta permanente, violando el art. 82 de la ley 471 —que establece que las normas de las convenciones colectivas de trabajo son de cumplimiento obligatorio para el GCBA y para los trabajadores comprendidos en ellas, no pudiendo ser modificadas unilateralmente— y los derechos constitucionales de propiedad, igual remuneración por igual tarea e igualdad ante la ley. Ello les impidió la incorporación al escalafón especial de la "Carrera de profesionales de Desarrollo Social", que les hubiera correspondido por aplicación de los puntos I, II.1 y II.5 del Acta nº XVIII (fs. 48/49).

Dicen que la inconstitucionalidad de la parte dispositiva del art. 2º del dec. 491/2003 ha provocado que las actoras reciban, en concepto de salario, una suma muy inferior a la que les corresponde, con la consecuente discriminación con respecto al resto de los profesionales que cumplen funciones en la Secretaría de Desarrollo Social y el Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, y que encontrándose en idénticas circunstancias y condiciones que las suscriptas fueron incorporadas a la Carrera Profesional, exceptuándolos del requisito del concurso (art. 49 vta.).

En conclusión, plantean dos pretensiones, una declarativa y otra de condena (ver fs. 42/42 vta. y 54/54 vta.):

- se declare la inconstitucionalidad del art. 2º del dec. 491/03;
- se condene al GCBA a incorporar y encasillar a las accionantes, a partir del 1º/4/2002, en la "Carrera de Profesionales" de la Secretaría de Desarrollo Social, en los términos del dec. 1489/02 y la ordenanza 45.199.

4. Ahora bien, en cuanto al supuesto de autos, la Cámara condenó al GCBA a "...acoger el reclamo de equiparación de haberes que resulta comprendido en la pretensión deducida, ordenando a la parte demandada que, mientras las actoras realicen tareas propias de la Carrera de Profesionales de Acción social (ordenanza 45.199), remunere sus servicios de la misma manera que si hubiesen sido incorporadas a ese escalafón..." (fs. 199 vta.).

En lo que la Cámara, a mi entender, se equivoca es en considerar como *"parte"* de la pretensión algo que es una *"consecuencia"* del acogimiento de la pretensión, y en confundir los argumentos jurídicos o normas invocadas por las partes —como lo es el principio de "igual remuneración por igual tarea"—, con las pretensiones deducidas en autos.

La pretensión se orienta a obtener un reescalafonamiento de los accionantes. Si el juez decidiera hacer lugar al reclamo, se producirían distintas consecuencias o modificaciones en la situación laboral de los actores: no solamente obtendrían una remuneración mayor, sino también otros derechos, obligaciones y deberes. Y es que la Carrera Municipal de Profesionales de Acción Social tiene previsto un régimen particular desarrollado en los once artículos de la ordenanza 45.199, de los cuales tan solo uno —el octavo— se refiere a las remuneraciones.

Las accionantes, en la demanda, pretenden un reescalafonamiento que, como *consecuencia jurídica,* les permitiría obtener una remuneración similar a la que obtienen los restantes profesionales que sí están incluidos en la Carrera de profesionales de Acción Social. Este es el único supuesto fáctico y normativo que sostiene su aspiración de obtener mayores remuneraciones: la inclusión en el citado Régimen especial.

Podrían haber invocado la aplicación del principio de igual remuneración por igual tarea *en forma subsidiaria,* para el supuesto que se rechace la pretensión de reescalafonamiento, pero no lo hicieron. Y si lo hubieran hecho, ante el rechazo de la pretensión principal evidentemente deberían haber sostenido la pretensión subsidiaria en otra causa o supuesto fáctico, como podría ser la similitud de tareas

que realizan con respecto a los restantes profesionales incluidos en el Régimen especial.

En otras palabras: no es lo mismo pretender un reescalafonamiento que implicaría una mayor remuneración, que pretender una mayor remuneración atento la similitud de tareas que realizan con respecto a los profesionales incluidos en la Carrera especial. En el primer caso, lo que debe alegarse y probarse es si los accionantes tienen o no derecho a incorporarse al Escalafón especial, mientras que en el segundo caso no importa eso sino la índole de las tareas que realizan los accionantes y compararlas con las que desempeñan los profesionales que reciben una remuneración más alta.

Como vemos, tanto las alegaciones como las defensas y las pruebas a ofrecer son distintas en uno y otro caso. Por ello resulta inconcebible, desde el punto de vista del debido proceso, que se les reconozca a los actores el derecho a una mayor remuneración por realizar las mismas tareas que los profesionales incluidos en el citado Régimen especial, sin haberle dado la oportunidad procesal al GCBA de —si así lo considera— alegar y probar por qué ello no es así.

Por el contrario, en este proceso los esfuerzos del GCBA se orientaron a explicar por qué los actores no deberían ser reescalafonados, porque en ese sentido se orientaba la pretensión de los actores, y ni siquiera intentaron alegar ni probar si las tareas eran o no iguales en uno u otro caso, porque ello no era objeto del juicio.

En resumen, la pretensión deducida por la parte actora y el reclamo que acoge la Cámara son sustancialmente distintos ya que difieren en el objeto y la causa:

- la pretensión de la actora se orienta a obtener un reescalafonamiento (objeto) fundado en la aplicación de las cláusulas I y II del acta XVIII de negociación colectiva y la inaplicabilidad —por inconstitucional— del art. 2º del dec. 491/2003 (causa);
- la sentencia de Cámara concede una equiparación salarial (objeto) fundada en la similitud de tareas que realizan respecto de los profesionales de la Carrera de profesionales de Acción Social (causa).

5. Tampoco se trata, este supuesto, del ejercicio del *iura novit curia* por parte de los jueces de Cámara.

Como expliqué anteriormente, la Cámara puede aplicar normas jurídicas distintas a las invocadas por la parte actora, pero lo que no puede es modificar el objeto del juicio. Por ejemplo, la Cámara podría haber acogido el reclamo de reescalafonamiento por otras normas distintas a las invocadas por los accionantes y ello no implicaría violar el principio de congruencia, pero no puede transformar el pedido de "reescalafonamiento" en uno de "equiparación salarial".

6. Por todo lo expuesto, considero que la Cámara violó las garantías constitucionales al debido proceso 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.

Es por ello que propongo hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA, revocar la sentencia de fs. 191/199 y rechazar el amparo deducido, con costas de todo el proceso por el orden causado (conf. art. 14, CCBA).

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad deducido por el GCBA fue correctamente concedido por la Cámara. Si bien en el precedente "Di Paola" invocado por el *a quo* las cuestiones constitucionales debatidas diferían sustancialmente a las aquí propuestas, se advierte que la recurrente ha logrado demostrar que, en el caso, se encuentra directamente en juego la interpretación y aplicación de la garantía constitucional de defensa en juicio (art. 18 de la C.N.) por violación al principio de congruencia que debe observar todo pronunciamiento judicial.

2. El GCBA impugna la decisión de la Sala I que si bien rechazó la pretensión de las amparistas "en sus dos aspectos" por entender que se "sustenta(ba) en actos viciados de ilegitimidad manifiesta, en la medida en que resultan contrarios al régimen constitucional y legal aplicable" (fs. 193 vta.), al mismo tiempo, ordenó a la demandada que "mientras las actoras realicen tareas propias de la Carrera de Profesionales de Acción Social (ordenanza 45.199) remunere sus servicios de la misma manera que si hubiesen sido incorporadas a ese escalafón" (fs. 199). Ello así, pues apreció que "aun cuando (la acción) no pueda prosperar en sus términos comprende el reclamo de que, en virtud de sus desempeños en una determinada función, se les reconozca su derecho a percibir la remuneración que se le abona a la generalidad de los agentes que cumplen esas mismas tareas..." (fs. 195).

3. Al respecto, la recurrente adujo que "la modificación del haber mensual de las accionantes conforme comparaciones que han de efectuarse con el de otros agentes posicionados en el Escalafón Especial es cuestión que nunca integró el objeto de la *litis*" (216 vta.) y que "(p)or consiguiente, la sentencia... viola directamente el principio de congruencia, en la medida que no acuerda cuantitativamente más o menos de lo pedido sino lo que cualitativamente no fue solicitado en momento alguno" (fs. 216 vta./217).

Añadió a su postura que "es natural que mi parte no haya controvertido nada de lo tangencialmente expuesto en la demanda sobre sueldos, toda vez que nada se pedía a su respecto. Mucho menos debía, porque no estaba comprendido en lo concretamente reclamado, manifestarse sobre la índole de las tareas desempeñadas por las demandantes o sobre su coincidencia o falta de coincidencia con su situación de revista" (fs. 218).

Por último, sostuvo que "(s)i las actoras aspiraban a lo que el Tribunal considera evidente, debieron decirlo y pedir en consecuencia..." pues "no corresponde a la contraparte ni al Juez investigar qué es lo que subjetivamente quiso la otra parte ni mucho menos considerar evidente lo que no fue planteado concretamente. / Tanto más lo anterior cuanto que la pretensión de autos se dirigía al ingreso a un escalafón especial, lo que puede tener implicancias económicas pero que también incide sobre aspectos funcionales y profesionales de suyo también relevantes" (fs. 218).

4. Si bien es cierto que lo atinente a la determinación de las cuestiones comprendidas en la *litis* y al alcance de las peticiones de las partes incumbe privativamente a los jueces de la causa, también lo es que cuando, en el ejercicio de su deber de resolver las controversias que les son sometidas, los magistrados introducen en el proceso hechos o pretensiones que no han sido articulados en los escritos de demanda y contestación, esa circunstancia no resulta tolerable en términos constitucionales y requiere reparación. Es en este entendimiento que considero que los cuestionamientos aquí efectuados por la demandada deben ser atendidos, dado que ponen en evidencia que el *a quo* se ha expedido traspasando los límites de la controversia que había quedado trabada en autos.

En su escrito de inicio, lo que la parte actora solicitó en su demanda en términos claros y positivos —tal cual lo exigen las normas de rito— fue que "se declare la inconstitucionalidad de la parte dispositiva del art. 2º del dec. 491/03..." y que, en consecuencia se "conmine al GCBA a incorporar y encasillar a las suscriptas, a partir del 1º/4/2002 en la Carrera de Profesionales de la Secretaría de Desarrollo Social, en un todo de acuerdo a lo dispuesto por el dec. 1489/02 y la ordenanza 45.199" (fs. 42/ vta. y reproducida en el petitorio de fs. 54/ vta.).

Ahora bien, el *a quo* confirmó —aunque por otros fundamentos— el pronunciamiento del señor juez de primera instancia que había rechazado las dos pretensiones individualizadas en la demanda. En otras palabras, concluyó que el razonamiento seguido por la actora y los fundamentos jurídicos esbozados para solicitar en el caso la declaración de inconstitucionalidad de la parte dispositiva del art. 2º del dec. 491/03 y el consecuente pedido de incorporación a la Carrera de Profesionales de la Secretaría de Desarrollo Social no resultaban atendibles e imponían el rechazo del amparo.

Sin embargo, la Cámara sorpresivamente interpretó los alcances de lo requerido por las amparistas de manera tal que, aun declarando la improcedencia de los planteos formulados, ordenó al GCBA que equiparase los salarios de las actoras a aquellos que presumiblemente hubiesen percibido de prosperar sus reclamos, pues entendió este aspecto como *implícito* en la pretensión efectivamente formulada.

5. En mi concepto, y tal como claramente lo desarrolla la doctora Ana María Conde en el punto 4 de su voto —a cuyas consideraciones adhiero—, la decisión de la Cámara se aparta allí de los términos en que quedó trabada la *litis*, puesto que la pretensión deducida no se dirigía a obtener judicialmente una equiparación salarial sino que se orientaba a alcanzar el reescalafonamiento pretendido que traería aparejado, como consecuencia de su acogimiento, y entre otros aspectos, el incremento de los salarios de las actoras.

Por otro lado, debe ponerse de resalto que, más allá de la alusión genérica a diferentes principios constitucionales que consideraban vulnerados, las accionantes en ningún momento solicitaron expresamente —y menos aun fundaron— un pedido subsidiario tendiente a que, ante el eventual rechazo de la pretensión formulada, se ordenase judicialmente la equiparación de los salarios como si integrasen la aludida carrera especial de profesionales; planteo que hubiese requerido pruebas y fundamentos diferentes a aquel efectivamente formulado por las amparistas que se destacara en el segundo párrafo del punto 4 de este voto.

Ante esta circunstancia, tal como lo destaca la señora jueza Ana María Conde en su voto, la recurrente no pudo ni debió defenderse de aspectos no comprendidos en la demanda. Es en este punto donde se advierte la violación a la garantía constitucional de defensa en juicio y resulta aplicable la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación que, desde antiguo, ha declarado que el pronunciamiento judicial que se aparta de las pretensiones enunciadas al trabarse el diferendo y condena a algo distinto de lo pedido vulnera los arts. 17 y 18 de la C.N. (doctrina de *Fallos,* 237:328; 239:442; 252:13; 255:237; 268:7; 298:642; 301:104; 307:510; 313:740; entre otros).

Por las consideraciones expuestas, de acuerdo con lo dictaminado por el señor Fiscal General Adjunto, entiendo que corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA y dejar sin efecto la sentencia recurrida, en cuanto condena al GCBA a que remunere los servicios de las actores de la misma manera que si hubiesen sido incorporadas al escalafón de la Carrera de Profesionales de Acción Social. Las costas del proceso deben imponerse en el orden causado (art. 14, CCBA).

Así lo voto.

Por ello, emitido el dictamen por el señor Fiscal General Adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *No hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA.

2º. *Imponer* las costas en el orden causado.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva.

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

XXXIV

"A.C.A.R. Y A. Y OTRO S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'A.C.A.R. Y A. Y OTRO C/GCBA S/AMPARO'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Requisitos. Acordada 4/07 CSJN. Autosuficiencia. Arbitrariedad de sentencia.

SUMARIOS:

1. Debe denegarse el recurso extraordinario si el escrito no cumple con los requisitos que hacen a su admisibilidad formal, de conformidad con la Acordada

4/07 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pues, se incurre en reiteraciones innecesarias, sus páginas sobrepasan los veintiséis renglones reglamentarios, el tamaño de la letra es menor al requerido y no se efectúa la transcripción de las normas jurídicas citadas que no se encuentran publicadas en el Boletín Oficial de la República. Asimismo, no se refutan todos y cada uno de los fundamentos independientes que den sustento a la decisión apelada, y no se demuestra que medie una relación directa e inmediata entre las normas federales invocadas y lo debatido y resuelto en el caso. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhiere el señor juez José O. Casás).*

2. El carácter excepcional de la jurisdicción extraordinaria exige que la norma federal invocada se vincule de manera estrecha con la materia del litigio, en forma tal que su dilucidación sea indispensable para la decisión del juicio. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhiere el señor juez José O. Casás).*

3. La tacha de arbitrariedad 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 válidos. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhiere el señor juez José O. Casás).*

4. Corresponde denegar el recurso extraordinario al no satisfacer el recaudo de autosuficiencia, desde que la fundamentación del recurso no puede suplirse mediante la simple remisión a lo expuesto en actuaciones anteriores (Acordada 4/07, CSJN, art. 10, primera parte). *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

Expte. nº 5294/07 - 5/3/2008

VISTO:

el expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. La señora Martha Sarraute, por derecho propio, y el señor Juan Carlos Mosqueira por la representación de A.C.A.R. y A. interpusieron recurso extraordinario (fs. 98/109), contra la decisión de fecha 14/11/2007 (fs. 82/94), por la que el Tribunal decidió rechazar la queja planteada.

2. El recurso fue contestado por el GCBA quien solicitó su rechazo (fs. 112/116).

FUNDAMENTOS:

La jueza Ana María Conde dijo:

1. El recurso extraordinario federal interpuesto, aunque lo fue en tiempo oportuno, adolece de serias deficiencias de forma y de contenido que obstan a su concesión.

El escrito en análisis, no cumple con los requisitos que hacen a la admisibilidad formal del recurso, de conformidad con la Acordada 4/07 de la Corte Suprema de

Justicia de la Nación, pues, se incurre en reiteraciones innecesarias, sus páginas sobrepasan los veintiséis (26) renglones reglamentarios, el tamaño de la letra es menor al requerido y no se efectúa la transcripción de las normas jurídicas citadas que no se encuentran publicadas en el *Boletín Oficial* de la República (como, p. ej., los decs. 2312/04 y 1630/05). Asimismo, no se refutan todos y cada uno de los fundamentos independientes que den sustento a la decisión apelada, y no se demuestra que medie una relación directa e inmediata entre las normas federales invocadas y lo debatido y resuelto en el caso.

2. Si bien las falencias meramente formales por sí solas bastarían para desestimar su impugnación (R.742.XLIII, "Recurso de hecho deducido por el Estado nacional —Ministerio de Economía— en la causa 'Rearte, Enrique c/Poder Ejecutivo Nacional'", resolución del 17/10/2007), en mi opinión, revisten mayor importancia los defectos de contenido que presenta el recurso. Ello es así toda vez que los recurrentes pretenden provocar la intervención de la CSJN mediante una presentación que no sólo resulta imprecisa, sino que, además, no contiene una crítica concreta contra la resolución que procura impugnar.

En efecto la parte recurrente reitera el defecto que ya señalara el Tribunal al rechazar el recurso de queja. En esa oportunidad, el Tribunal (por mayoría) señaló que no se había logrado exponer un caso constitucional. Ahora, el escrito de interposición del recurso extraordinario se limita a efectuar una invocación genérica de derechos de raigambre constitucional supuestamente violados: su derecho al debido proceso legal (fs. 103) y a una sentencia justa y debidamente fundada (fs. 104 vta.), pero estos agravios no han sido desarrollados de manera eficiente (conf. art. 280, CPCC), ni sustentados con la argumentación seria y fundada que un recurso de esta naturaleza requiere.

Como ya ha sostenido este Tribunal, el carácter excepcional de la jurisdicción extraordinaria exige que la norma federal invocada se vincule de manera estrecha con la materia del litigio, en forma tal que su dilucidación sea indispensable para la decisión del juicio.

La Corte Suprema ha establecido que la sola mención de preceptos no basta para abrir la vía extraordinaria (doctrina de *Fallos,* 165:62; 181:290; 266:135; 310:2306; y muchos otros) y que la relación directa que la ley exige existe sólo cuando la solución de la causa requiere necesariamente la interpretación del precepto constitucional aducido (*Fallos,* 187:624; 248:129, 828; 268.2479). De otro modo, la jurisdicción de la Corte Suprema sería indebidamente privada de todo límite, pues no hay derecho que en definitiva no tenga raíz y fundamento en la Constitución Nacional, aunque esté directa e inmediatamente regido por el derecho no federal (*Fallos,* 295:335; 310:2306).

3. En cuanto a la invocación de la arbitrariedad de la sentencia, la parte recurrente sostiene que la resolución del Tribunal Superior es arbitraria por considerar "un grave desacierto de los juzgadores tipificar a los agravios como aspectos de

hecho, prueba y derecho procesal" (fs. 106) y por no abordar "cabalmente el planteo de arbitrariedad de la sentencia de Cámara que esta parte había introducido..." (fs. 107). Si bien califica la resolución del Tribunal "como incongruente" (fs. 107), la impugnación articulada sólo pone de manifiesto su desacuerdo con las razones de carácter no federal en que se funda la sentencia, sin advertir que "[l]a tacha de arbitrariedad 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 válidos" (*Fallos,* 235:654; 244:384; 248:129, 528 y 584 y otros).

4. 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 lo que el recurso intentado debe declararse inadmisible.

5. Las costas se imponen a la vencida, por aplicación del principio objetivo de la derrota y por no mediar, en esta ocasión, circunstancias que justifiquen apartarse de él (art. 68 CPCCN).

El juez José O. Casás dijo:

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

El juez Luis F. Lozano dijo:

En el recurso extraordinario federal articulado a fs. 100/109, A.C.A.R. y A. sostiene que la sentencia cuya revisión pretende, se expide a favor de la validez de un decreto local (2312/04), en desmedro de los derechos que su parte fundó en el "bloque de constitucionalidad federal" oportunamente invocado (v. gr. derecho al debido proceso, Audiencia Pública, art. 8º de la CADH, art. 41 de la C.N. y PIDESC) [fs. 98 y fs. 104]. El planteo coincide en lo sustancial con el que formuló el recurrente en el recurso de inconstitucionalidad que dio ocasión al pronunciamiento de este Tribunal.

La decisión de mérito atacada, interpretando tanto la pretensión materia del litigio como el citado dec. 2312/04, asumió que éste no hacía a la solución de la causa. En tanto el recurrente no muestra la arbitrariedad de aquella asunción resulta aplicable, por una parte, la doctrina según la cual lo atinente a la determinación de las cuestiones comprendidas en el pleito, así como el alcance atribuido a las peticiones de las partes incumbe privativamente a los jueces de la causa, y su análisis excede el control que ejercen este estrado y la CSJN mediante los remedios procesales extraordinarios intentados en autos (doctrina de *Fallos,* 270:162; 284:109: 291:268; 295:548; 300:468, 689; 301:449, 712; 302:175, 1044; 303:774; 304:635; 315:1645; entre muchos otros) y, por la otra, la regla constitucional nacional que excluye del ámbito de revisión federal la interpretación de normas locales como lo es el decreto referido.

En tales condiciones, la decisión atacada se apoya en argumentos de hecho y derecho local que privan a las cláusulas constitucionales invocadas de relación directa con la resolución que rechazó el amparo de autos.

Por las razones dadas, corresponde denegar el recurso extraordinario federal, con costas (art. 68 del CPCCN).

El juez Julio B. J. Maier dijo:

Efectivamente, el recurso extraordinario federal interpuesto por A.C.A.R. y A. y otro satisface los requisitos extrínsecos de modo y tiempo exigidos por la ley procesal aplicable (conf. arts. 14 y concs., ley 48 y arts. 256 y 257, CPCCN), aunque no cumple puntillosamente con la disposiciones de la Acordada 4/07 de la CSJN. Asimismo, el recurso se dedujo por escrito ante el tribunal superior de la causa y se dirigió a impugnar una sentencia que en el ordenamiento jurídico local reviste carácter definitivo.

Cabe destacar, también, que el escrito al que aludo tampoco satisface el recaudo de autosuficiencia. "La fundamentación del recurso extraordinario no podrá suplirse mediante la simple remisión a lo expuesto en actuaciones anteriores..." (Acordada 4/07, CSJN, art. 10, primera parte). En tal sentido, el relato que aquél contiene de las circunstancias del caso, del gravamen provocado a A.C.A.R. y A. y otro —relato que, *prima facie*, debió articular una crítica sólida y lograda de los argumentos que sustentaron el pronunciamiento en crisis—, constituye una reedición de los planteos ofrecidos por el recurrente al incoar la presente acción, al inteponer el recurso de inconstitucionalidad y al interponer el recurso de queja. Sustancialmente, como argumento, la recurrente hace pié en la "imposibilidad de ser oído en audiencia pública".

Tampoco puede desconocerse que, al introducir este planteo, no pasa inadvertido el núcleo de la argumentación del recurrente contra la sentencia de mérito, la tacha de *arbitrariedad*. Sin embargo, como es doctrina de este Tribunal, la llamada arbitrariedad "...no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados (...) sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que, deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la sentencia fundada en ley a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N." (*Fallos,* 312:246, 389, 608, 1839, entre otros); este Tribunal, expte. nº 726/00 "GCBA c/Soto, Alberto Sabino s/recurso de queja s/sumarísimo", sent. del 24/5/2001, *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, t. III, pp. 240 y ss.; expte. nº 912 "Caballero, Jorge Alberto y otros s/art. 71, CC —causa 555-CC/2000— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", Buenos Aires, 2004, t. III, pp. 749 y ss.

Con otras palabras, para los recursos limitados por los motivos —extraordinarios en nuestra jerga procesal, porque sólo proceden ante ciertas causales extremas

de injusticia y dejan de lado otras—, 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. Esta doctrina del Tribunal, adecuada y suficiente en este contexto, no me impide añadir un énfasis, a la luz de aquellos pronunciamientos en los que yo mantuve un criterio significativamente más estricto que el anterior en punto a la arbitrariedad como motivo de procedencia del recurso intentado (conf. mis votos en "Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]" expte. nº 3565/04, resolución del 26/5/2005 y "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Lococo, Marcela c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]'", expte. nº 3792/05, resolución del 29/6/2005). Sin embargo, más allá de mi personal posicionamiento en cuanto a la doctrina de la arbitrariedad, advierto que el recurrente, en su crítica de la sentencia, en modo alguno torna ostensible, a través de la invocación de este motivo, un déficit de argumentación racional en la solución del tribunal de mérito. Por supuesto, este déficit tampoco existe en los votos de mis colegas sobre el recurso extraordinario local, de modo que descalifique su decisión como acto jurisdiccional plenamente válido.

Por las razones expuestas, el recurso debe ser denegado. Las costas se imponen a la vencida, por aplicación del principio objetivo de la derrota y por no mediar, en esta ocasión, circunstancias que justifiquen apartarse de él (art. 68, CPCCN).

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

El recurso extraordinario federal ha sido interpuesto en tiempo. No obstante, la presentación incumple lo prescripto por el art. 8º de la Acordada 4/07 de la CSJN, pues menciona varias normas de rango local sin transcribir su texto, ni indicar su período de vigencia. En consecuencia, voto por declarar inoficioso el recurso interpuesto.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal interpuesto por Martha Sarraute y por la Agrupación de Coleccionistas, Artesanos, Restauradores y Anticuarios (A.C.A.R. y A.), con costas.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva como está ordenado a fs. 94.

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

XXXV

"DODERO, MARTA Y OTROS C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Requisitos. Sentencia definitiva. Caso constitucional. Plan Urbano Ambiental de la Ciudad de Buenos Aires. Foro Participativo Permanente del Plan Urbano Ambiental. Cuestión abstracta. AMPARO: Principio de preclusión. Derecho de defensa en juicio.

SUMARIOS:

1. El recurso de inconstitucionalidad sólo puede ser interpuesto por quien ha sufrido un perjuicio o gravamen concreto y actual como consecuencia de la decisión atacada, y el recurrente debe acreditar la existencia de un interés personal y jurídico que justifique la intervención de este Tribunal, porque de lo contrario se estaría en presencia de una cuestión abstracta o promovida en el solo interés de la ley, que es por esencia ajena al normal cometido de los jueces. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

2. La pérdida del estado parlamentario del proyecto de ley que la actora pretendía que se transformara en tal, torna abstracta la presente causa judicial y, por tanto, resulta improcedente el recurso de inconstitucionalidad, ya que no corresponde que los jueces emitan opinión sobre cuestiones carentes de actualidad, ni tampoco cabe decretar la nulidad de resoluciones judiciales por la nulidad misma. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

3. Debe declararse mal concedido el recurso de inconstitucionalidad frente a la inexistencia de un caso o causa judicial susceptible de provocar la intervención judicial, ya que no corresponde que los magistrados intervengan en situaciones hipotéticas o conjeturales, donde no existe ningún perjuicio actual a un derecho o interés jurídicamente protegido, ni mucho menos que dicten sentencias que, "por las dudas", ordenen cumplir con el ordenamiento jurídico vigente. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

4. El recurso de inconstitucionalidad se interpone contra las sentencias definitivas del tribunal superior de la causa, que en el presente caso no es la de Cámara que declaró inadmisible un recurso local, sino la de primera instancia que decretó que la cuestión había devenido abstracta, expidiéndose con relación a la imposibilidad del progreso de la pretensión de la parte actora. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

5. Corresponde declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad pues carece de sentido atacar mediante la acción de amparo, un proyecto de ley que representa tan sólo una iniciativa de regular un aspecto de la vida social de la Ciudad que no ha sido votada ni despachada por la Legislatura, y que al momento de ser dictada la sentencia de primera instancia había perdido estado parlamentario, por lo que la cuestión planteada resulta insustancial y carente de trascendencia (ley 402, art. 30). *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

6. Cabe hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad si la Cámara desconoció una resolución jurisdiccional firme y consentida (la que determinó la normativa apli-

cable al procedimiento) y redefinió, con efecto retroactivo, las reglas de la contienda, soslayando el procedimiento del CCAyT y sustituyéndolo extemporáneamente por el dec. ley 16.986, pues al violar el principio de preclusión afectó gravemente el derecho constitucional de defensa en juicio que asiste a la actora. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

7. El dec. ley 16.986 en materia de amparo no es compatible con las disposiciones del art. 14 de la CCBA. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

8. El recurso de inconstitucionalidad debe admitirse si se dirige contra una sentencia que proviene del tribunal superior de la causa, hace imposible la continuación del proceso y aunque no se expide sobre el fondo de la pretensión objeto del litigio impide su replanteo. *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás).*

9. Corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad pues la Cámara, en el caso, no se encontraba posibilitada de aplicar el plazo de 48 horas del art. 15 de la ley 16.986 para resolver que la apelación de la actora resultaba extemporánea, pues el señor juez de grado ante quien había quedado radicada definitivamente la causa ya había dispuesto que la acción de amparo se habría de regir por las disposiciones previstas en el art. 14 de la CCBA, y esa decisión había adquirido firmeza al ser consentida por las partes, de modo que en virtud del principio de preclusión procesal no podía ser modificada en cuanto a la norma adjetiva aplicable. *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás).*

Expte. nº 5473/07 - 5/3/2008

VISTO:

el expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. A fs. 1/5 los señores Marta Dodero y Javier García Elorrio iniciaron una acción de amparo contra el GCBA, en la que cuestionaron la conducta arbitraria e ilegal observada por el Estado local consistente en haber elevado a la Legislatura porteña, para su aprobación, el Documento Final del Plan Urbano Ambiental de la Ciudad, que fuera confeccionado exclusivamente por el Consejo del Plan Urbano Ambiental sin intervención, en su elaboración, de la Comisión Asesora Permanente Honoraria, incumpliendo las prescripciones del art. 29, CCBA y el art. 6º de la ley 71.

Por ello, solicitaron que oportunamente se ordene el cumplimiento de la normativa vulnerada para la elaboración del nuevo documento, conminando al Gobierno porteño a confeccionar un Plan Urbano Ambiental donde la Comisión Asesora Permanente Honoraria participe en su elaboración y revisión.

2. A fs. 243/259 contestó demanda el gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, y solicitó se desestime la acción por haberse tornado abstracta la pretensión amparista.

Fundamentó su petición en que el Secretario de Infraestructura y Planeamiento del GCBA, mediante resol. 744-SIYP/05, creó el Foro Participativo Permanente del Plan Urbano Ambiental, y que la actora ha sido formalmente invitada a participar del mismo.

3. A fs. 468/471 dictó sentencia el señor juez de primera instancia, quien declaró abstracto el objeto de la acción de amparo, ya que el proyecto de Plan Urbano Ambiental presentado en el 2004 había perdido estado parlamentario, por aplicación del reglamento legislativo.

4. Ante la apelación deducida por la parte actora a fs. 477/488, a fs. 496/497 dictó sentencia la Sala II de la Cámara CAyT de la Ciudad, quien declaró mal concedido el recurso de apelación, por considerar que había sido presentado extemporáneamente, vencido el plazo previsto en el art. 15 de la ley 16.986.

5. A fs. 502/506 la parte actora presentó recurso de inconstitucionalidad, el que fue contestado por la demandada a fs. 510/512.

Fundamentó su recurso en que el auto de fs. 189 dispuso que las actuaciones tramiten de acuerdo a lo establecido por el art. 14, CCBA, y supletoriamente por las disposiciones del CCAyT de la Ciudad. De tal modo, la resolución atacada aplicó una norma (el art. 15 de la ley 16.986) distinta a las que regían el proceso, y lo hizo en forma retroactiva, conculcando la garantía de defensa en juicio y acceso a la justicia (arts. 18 y 43, C.N., y 10 y 14, CCBA).

6. El recurso de inconstitucionalidad fue declarado admisible por la Cámara a fs. 514/517, quien entendió que la cuestión que introduce la actora gira, de modo directo e inmediato, en torno a los alcances que cabe asignar a la garantía de defensa en juicio y el correlativo derecho a la acción, lo que constituye un caso constitucional. Ello porque en el caso se trataría de establecer si el art. 15 de la ley 16.986 se encuentra vigente, atento lo dispuesto por el art. 14 de la Constitución local.

7. El señor Fiscal General Adjunto dictaminó a fs. 525/526, propiciando declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad.

FUNDAMENTOS:

La jueza Ana María Conde dijo:

1. Como ocurre con cualquier recurso, el de inconstitucionalidad sólo puede ser interpuesto por quien ha sufrido un *perjuicio o gravamen concreto y actual* como consecuencia de la decisión atacada.

El recurrente debe acreditar la existencia de un *interés personal y jurídico* que justifique la intervención de este Tribunal, porque de lo contrario se estaría en presencia de una cuestión abstracta o promovida en el solo interés de la ley, que es por esencia ajena al normal cometido de los jueces (conf. Palacio, Lino E.: *El recurso extraordinario federal. Teoría y técnica,* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 42).

La existencia de este *requisito común* a cualquier recurso debe ser ponderado con carácter previo e ineludible.

2. Ahora bien, mediante el presente recurso, la actora se agravia de la resolución de la Cámara que rechazó su apelación por extemporánea, conforme el plazo abreviado previsto en una norma —el art. 15 de la ley 16.986— que considera no aplicable al proceso.

Sin embargo, más allá de los vicios procedimentales en que hubiera incurrido la resolución atacada —sobre los que no cabe emitir opinión, atento la forma en que se decide—, existe un escollo insalvable que impide el tratamiento del presente recurso: la *ausencia de un interés personal y jurídico del recurrente.*

La pretensión planteada por la parte actora en su demanda, que es la que fija el objeto del proceso, se orientaba a condenar al GCBA a asegurar la participación de la Comisión Asesora Permanente Honoraria en la elaboración del proyecto de Plan Urbano Ambiental, ya que el proyecto originalmente presentado en el año 2004, no había contemplado dicha participación.

Sin embargo, al momento de dictar sentencia el señor juez de primera instancia, y como lo reconoce la propia parte actora (ver recurso de apelación, apart. I, últ. párr., fs. 477 vta.), el proyecto cuestionado había perdido estado parlamentario, lo que impedía que pudiera ser transformado en ley, que es justamente lo que pretendía la parte actora mediante la presente acción.

Al tornarse abstracta la presente causa judicial, también resulta improcedente el recurso de inconstitucionalidad, ya que no corresponde que los jueces emitan opinión sobre cuestiones carentes de actualidad, ni tampoco cabe decretar la nulidad de resoluciones judiciales por la nulidad misma.

3. En el recurso de apelación deducido contra la sentencia de primera instancia, la actora sostuvo que la resolución cuestionada no interpretó adecuadamente la pretensión deducida en autos (ver apart. III.1, fs. 479/480 vta.).

En primer lugar, considero que ello constituye un intento tardío, y por ende extemporáneo, de aclarar, reformular y/o ampliar la pretensión deducida en la demanda, que se limitaba a cuestionar la afectación al derecho a la participación ciudadana cometida durante la elaboración del proyecto de Plan Urbano Ambiental presentado en el año 2004.

Pero aún en el caso de que consideráramos que el objeto del proceso era, desde el inicio, más amplio, y que la pretensión se satisfacía "...ordenando al Gobierno que garantice la efectiva participación ciudadana en mérito al art. 6º de la ley 71 y legislación concordante citada y que la elaboración de un Plan Urbano Ambiental sea conteste con dicho mandato legal..." (ver fs. 487 y vta.), ello no constituye un *caso o causa judicial* susceptible de provocar la intervención judicial, ya que no corresponde que los magistrados intervengan en situaciones hipotéticas o conjeturales, donde no existe ningún perjuicio actual a un derecho o interés jurídicamente protegido, ni mucho menos que dicten sentencias que, "por las dudas", ordenen cumplir con el ordenamiento jurídico vigente.

La Administración Pública *debe* desarrollar su actividad dentro del ordenamiento jurídico establecido, y no necesita que una sentencia judicial se lo recuerde, salvo —obviamente— cuando exista un caso concreto en el que un sujeto legitimado haya sufrido una violación en sus derechos o intereses jurídicamente protegidos, lo que no ocurre en este supuesto.

4. Por todo lo expuesto, voto por declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad, con costas por el orden causado (art. 14, CCBA).

Atento el modo en que se decide la cuestión, resulta innecesario pronunciarse sobre el fondo del planteo recursivo —cuál era la normativa y, en consecuencia, el plazo procesal que debía aplicarse al recurso de apelación interpuesto por la actora— y sobre el cumplimiento de los requisitos intrínsecos del recurso de inconstitucionalidad, más específicamente sobre la existencia o no de sentencia definitiva y de caso constitucional.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad de fs. 502/506 fue deducido contra la decisión de la Sala II de la Cámara CAyT de la CABA que declaró mal concedido la apelación mediante la cual la parte actora cuestionaba la sentencia de primera instancia que desestimó por abstracto el amparo (fs. 471 vta.). Para así decidir, el *a quo* sostuvo, en primer término, que "...el trámite de esta causa se rige por el dec. ley 16.986..." (fs. 496). Concluyó su razonamiento afirmando que el recurso había sido interpuesto en forma extemporánea porque había transcurrido entre la notificación de esa sentencia y su interposición el plazo de 48 horas previsto en el art. 15 de dicha ley.

2. Conforme surge del art. 27 de la ley 402, el recurso de inconstitucionalidad "...se interpone contra *las sentencias definitivas* del tribunal superior de la causa..." (sin resaltar en el original), regla a la que sólo cabe hacer excepción cuando la aplicación literal de dicho artículo frustra el ejercicio útil de la competencia que a este Tribunal le viene encomendada por el art. 113, inc. 3º de la CCBA, es decir, conocer "…en todos los casos que versen sobre la aplicación de normas contenidas en la Constitución Nacional o en esta Constitución" (conf. mi voto *in re* "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Díaz, David Domingo s/inf. art. 189 bis C.P. —apelación'", expte. nº 4979, sent. del 23/5/2007).

3. Sentencia definitiva es la que se pronuncia acerca de las pretensiones articuladas por las partes poniendo fin a la controversia o la que torna imposible su continuación. En este orden de ideas, en el *sub examine,* la sentencia definitiva no es la de Cámara que declaró inadmisible un recurso local, sino la de primera instancia que decretó que la cuestión había devenido abstracta, esto es, la que se expidió con relación a la imposibilidad de progreso de la pretensión de la parte actora.

En tales condiciones, resta analizar si, a la luz de lo expuesto en el punto 2 de este voto, la decisión apelada debe ser equiparada a una definitiva. A tales

fines, no basta que la recurrente muestre que la decisión de la Cámara *a quo* fue arbitraria, puesto que, conforme lo tiene dicho la CSJN, para un recurso de similares características, "...la invocación de garantías constitucionales o de arbitrariedad no suple la ausencia de definitividad de la resolución impugnada..." (*Fallos,* 254:12; 256:474; 267:484, entre muchos otros). Debe acreditar que le frustró una vía apta para obtener el reconocimiento de derechos fundados en normas susceptibles de ser tratadas por este Tribunal. Ello así, toda vez que no le asiste a la recurrente un derecho constitucional a obtener una revisión de una primera sentencia adversa a sus intereses; empero sí uno destinado a obtener una revisión en esta instancia de los puntos del conflicto en que se encuentren en juego garantías constitucionales (conf. art. 113.3 de la CCBA) o materia propia de ser revisada por este Tribunal. En este orden de ideas, la CSJN tiene dicho que "[a]unque la sentencia final de los Tribunales de provincia no entre al fondo de la cuestión, y solamente declare desierto el recurso de apelación interpuesto de la primera instancia, procede el recurso del art. 14 de la ley de jurisdicción de los tribunales nacionales, si en el pleito se ha puesto en cuestión la validez de leyes, decretos, autoridades o comisiones nacionales y la sentencia ha sido contraria a dicha validez" (conf. doctrina de sumario 1º de *Fallos,* 35:230).

Una sentencia que dispusiera hacer lugar al recurso únicamente sobre la base de que la Cámara interpretó de manera arbitraria la normativa procesal redundaría en tutelar la garantía de la doble instancia en procesos que distan de los contemplados en el marco de la previsiones de la CADH y del PIDCyP —causas en las que se discute la existencia de un delito—. Es decir, una garantía no otorgada ni por la Constitución local ni por la nacional. O bien, dicho en otras palabras, como no podría tutelar una garantía a la doble instancia, inexistente por hipótesis, sólo vendría a garantizar una supuestamente recta interpretación de la ley procesal, resguardo ajeno a nuestra competencia.

En síntesis, el agravio constitucional debe surgir de la sentencia que dirime el pleito o impide su continuación; no de la que deniega un recurso ordinario.

4. En el caso, el segundo de los requisitos enunciados —agravios que puedan ser tratados en esta instancia— no se halla acreditado. En primer lugar, porque la actora en su recurso de inconstitucionalidad no esgrime ningún agravio contra la sentencia de primera instancia, sino que, expresamente, remite al contenido de su apelación (conf. fs. 504 vta.). Y, en segundo, porque en su recurso de apelación viene a solicitar que se resuelva una pretensión que entiende distinta de aquélla acerca de la cual se expidió el juez de primera instancia, a saber, que se ordene "...al Gobierno que garantice la efectiva participación ciudadana en mérito al art. 6º de la ley 71 y legislación concordante citada y que la elaboración de un Plan Urbano Ambiental sea conteste con dicho mandato legal..." (fs. 487/487 vta.); planteo que supone, ciertamente, la mención de un contenido de la pretensión novedoso, al menos en las condiciones que lo formula. A su vez, es indispensable tener presente que a quien privativamente corresponde interpretar el alcance de la pretensión es al juez de mérito, salvo que lo haga arbitrariamente, supuesto que no muestra la hoy

apelante. Lejos de ello, especifica un significado de su pretensión que, a diferencia de aquella que el juez de primera instancia consideró devenida en abstracta, pero pudo quizás, mientras tuvo concreción, ser materia de pronunciamiento judicial, la que ahora identifica no es susceptible de tenerlo, como bien señala la doctora Conde en el punto 3 de su voto, al que cabe remitirse.

Por ello y lo concordantemente dictaminado por el Fiscal General Adjunto, voto por declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad. Costas por su orden (conf. art. 14 de la CCBA).

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Tengo la sensación —muy difícil de tolerar— de que estamos discutiendo en vano. Formalmente, el recurrente se agravia por la aplicación de una ley distinta de aquélla que, increíblemente, le había impuesto y notificado el juez de primera instancia (ver fs. 189). No está claro, sin embargo, que lo afecte el plazo de esta última ley, no sólo porque el recurrente no lo ha demostrado, sino, principalmente, porque esa imposición del juez de primera instancia es meramente condicional, en tanto él no juzgue que, de alguna manera, entran en conflicto la ley común, reglamentaria, y la norma constitucional: no lo sabemos, referido al plazo; el art. 14 de la Constitución local no contiene plazo alguno para el recurso de apelación de la sentencia.

Mi crítica a este punto se vincula con la vigencia pública de las leyes, de manera tal que yo, por ejemplo, no podría indicarle a un litigante que su litigio se regirá por tal o cual ley: el significado normativo de lo que uno hace o deja de hacer se vincula con el tópico, de orden público, acerca de la vigencia territorial y temporal de las leyes, aspecto que se manifiesta en el significado normativo que unos y otros atribuyen a sus comportamientos y que el juez decide en la sentencia. Por los años en que fui juez penal, me gustaba más el Código de Procedimiento de la Provincia de Córdoba que el que regía en la jurisdicción en la cual cumplía mis funciones y, no obstante, nunca me permití imponerle el Código cordobés a quienes litigaban en mi juzgado.

2. Pero la impropiedad de esta verdadera cortina de humo se advierte como tal cuando estudiamos el caso para descubrir su objeto, aspecto sin el cual la controversia resulta incomprensible. El objeto del litigio debe ser lícito y posible, pues si con él pretendo, por ejemplo, imponerle a un legislador para su voto un determinado sentido, positivo o negativo, respecto de una ley votada en el Parlamento, toda la acción, se llame como se llame, y no obstante la vía por la que se presente, carece de sentido.

Por esto manca el caso. Se ha utilizado la vía del amparo para —valga la redundancia— ampararse frente a un proyecto de ley que, por supuesto, no está vigente, esto es, que representa tan sólo una iniciativa de regular un aspecto de la vida social de la Ciudad; con una frase sintética: se trata tan sólo de una *tentativa de ley*. Una ley puede ser criticada porque se me pretende aplicar y, por ciertas razones, no está vigente o no puede ser aplicada a mi caso. Por lo demás, una ley votada

por el Parlamento, en principio vigente, puede ser criticada en esta Ciudad *erga omnes*, por una acción de inconstitucionalidad abstracta con el objeto y el efecto de declarar la pérdida de su vigencia por invalidez. Pero atacar ya un proyecto de ley, por horrible que él sea —por ejemplo: instituye la pena de muerte—, que no ha sido votado ni despachado por el Parlamento, no sólo carece de sentido, sino que lesiona aquel principio por el cual cada uno de los poderes del Estado examina los requisitos de la validez de sus actos cuando los cumple. El Poder Judicial sólo puede inmiscuirse en ese examen por demanda de una persona legitimada por la ley para impugnar la norma de que se trata. El Poder Ejecutivo tiene iniciativa parlamentaria y la Legislatura posee el poder de aprobar o desaprobar la iniciativa. A la actora aquí le valdría más la pena hacer valer sus argumentos de intervención en el proceso ante la Legislatura para intentar que se apruebe o que no se apruebe la iniciativa del Poder Ejecutivo.

Claro es que, si a más de todo lo dicho, todavía contamos con que el proyecto atacado pasó a mejor vida, esto es, perdió estado parlamentario, y no ha sido reiterado, y sin embargo seguimos litigando y decidiendo en torno a él, ya la confusión mía es mayúscula.

3. No se trata de que el litigio haya devenido abstracto: el problema consiste en que lo litigado está por fuera de lo permitido jurídicamente y de lo posible.

Profundicemos nuestro ejemplo: si un legislador presentara una iniciativa relativa a imponer la pena de muerte, ¿admitiríamos un amparo sólo contra la iniciativa que no ha aprobado el Parlamento y que, de paso, no quiere aprobar el Parlamento pues perdió estado parlamentario?

La necesidad de que el objeto de un litigio sea posible (no es posible trasladar la luna al Parque de la Ciudad de Buenos Aires) y, a la vez, sea permitido jurídicamente (no está permitido a los jueces juzgar sobre las acciones privadas de los hombres, art. 19, C.N.), constituye un presupuesto de la posibilidad de existencia de ese litigio y de las acciones del litigio, por ejemplo, de la acción de recurrir, y el recurrente aquí no ha explicado suficientemente estos extremos. Vale la pena también advertir acerca de la posibilidad de que el Poder Judicial se inmiscuya —con anticipación— en los asuntos y en las competencias de los otros poderes.

De tal manera, se puede observar que la cuestión planteada resulta insustancial y carente de trascendencia (ley local 402, art. 30).

4. No deja de tener razón el señor Fiscal General Adjunto cuando advierte que, por las razones dadas aquí, y por la jurisprudencia de los tribunales que menciona, no existe sentencia definitiva.

5. En cuanto a la decisión concreta que corresponde, comparto aquella que propician la señora jueza de trámite, doctora Conde, y el señor juez Lozano, consistente en declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad e imponer las costas por su orden (art. 14, CCBA).

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

En mi opinión corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad deducido oportunamente por la señora Marta Dodero a fs. 502/506 y remitir las actuaciones a la Sala II de la Cámara CAyT —que intervino en la causa— a fin de que se pronuncie sobre las cuestiones planteadas en el recurso de apelación de fs. 477/487.

Reseña de antecedentes.

La recurrente a fs. 502/506 objeta la decisión de la Sala II de fs. 496/497. Sostiene acertadamente que dicha resolución al modificar retroactivamente una situación procesal consolidada en virtud del principio de preclusión, afectó las garantías constitucionales que tutelan la defensa en juicio de los derechos y el acceso a la jurisdicción (arts. 18 y 43 de la C.N. y 10 y 14 de la CCBA).

De conformidad con las constancias del expediente, luego de ciertas incidencias procesales, las actuaciones fueron remitidas al titular del Juzgado Nº 1 en lo Contencioso Administrativo y Tributario "...para que reasuma su competencia..." (fs. 181). El juez fijó las reglas ordenatorias del proceso en los siguientes términos: "...la presente acción de amparo se regirá por las disposiciones previstas en el art. 14 de la CCBA y, en lo compatible, por las normas del CCAyT de esta Ciudad..." (fs. 189). La providencia transcripta fue notificada a las partes como resulta de las cédulas agregadas a fs. 190, 191 y 192. Esa decisión no fue cuestionada en autos por lo que quedó firme. A partir de allí, las actuaciones tramitaron conforme al procedimiento establecido a fs. 189.

La sentencia de primera instancia de fs. 468/471 vta. declaró abstracto el objeto de la acción de amparo y la actora —de acuerdo con el marco normativo establecido para el trámite del proceso y en atención a las pautas temporales que de él resultan— apeló oportunamente la sentencia: el 3/10/2006, su letrado patrocinante retiró copia de la sentencia mencionada e interpuso recurso el 11/10/aquel año (fs. 477/487 vta.).

A fs. 489, el magistrado interviniente concedió el recurso de apelación "...interpuesto en legal tiempo y forma..." y ordenó el traslado a la contraria por el plazo de cinco días. Sin que el recurso fuera sustanciado, las actuaciones se elevaron a la Cámara del fuero (fs. 490).

La Sala II de la Cámara CAyT, a fs. 496/497, rechazó el recurso de apelación. Dijo entonces que había sido "...interpuesto el 11/10/2006 a las 11.14 hs. contra la sentencia de la cual la parte actora quedó notificada personalmente el 3 de octubre del 2006 [por lo que] resulta extemporáneo..." (fs. 496). Agregó que el trámite de la causa debía regirse por el dec. ley 16.986 "...siempre y en todo cuanto no desvirtúe o contradiga el claro mandato del constituyente local plasmado en el párr. 4º del art. 14 de la CCBA" (fs. 496) y que, en mérito del art. 15 del dec. ley "...el recurso [de apelación] apuntado deberá interponerse fundado dentro de las 48 horas de notificada la resolución impugnada" (fs. 496).

Fundamentos del voto.

a) De las actuaciones referidas más arriba se sigue que la Sala II, al rechazar la apelación, desconoció una resolución jurisdiccional firme y consentida (la que determinó la normativa aplicable al procedimiento) y redefinió, con efecto retroactivo, las reglas de la contienda. En efecto, la Cámara soslayó el procedimiento del CCAyT y lo sustituyó extemporáneamente por el dec. ley 16.986.

Esa decisión al violar el principio de preclusión afectó gravemente el derecho constitucional de defensa en juicio que asiste a la actora. El proceso jurisdiccional se encuentra compuesto de fases o etapas sucesivas y "...avanza al tiempo que se construye por virtud de los actos de procedimiento que ejecutan las partes y el juez. Esa fuerza externa que lo mueve se llama *impulso procesal*, concepto que se vincula a la institución de los *términos*, cuya función consiste en poner un límite en el tiempo a los actos procesales, y al principio de preclusión, que establece un orden entre los mismos que impide su regresión, haciendo posible el desenvolvimiento de la relación procesal..." (Alsina, Hugo: *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, *Parte General*, t. I, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 1963, p. 448). Por efecto de la preclusión, el progreso de una etapa del juicio a la siguiente supone la clausura definitiva del estadio procesal previo y la consolidación de lo actuado en ese período secuencial lo cual "...impide que se abra debate sobre cuestiones ya decididas que no fueron observadas ni impugnadas en la etapa del procedimiento en que debieron cumplirse" (Fenochietto, Carlos E.: *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado...,* t. I, Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 546 *in fine*). El principio de preclusión constituye así un obstáculo a la retrogradación del pleito.

Ahora bien, el proceso judicial es por definición un trámite sujeto a reglas que lo ordenan y cuya observación continua permite calificar al proceso como debido. Una alteración como la ocurrida en autos que lesiona una garantía constitucional (la defensa en juicio) desvirtúa ese carácter del proceso.

Por tanto la recurrente introduce a fs. 502/506 un caso constitucional, corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad.

b) En otro orden de ideas, cabe destacar que la pieza de fs. 502/506 no contiene agravios vinculados con la cuestión de fondo debatida en el expediente. A fs. 505 vta., la recurrente expresó con claridad que "[e]l principal agravio [de su recurso de inconstitucionalidad] está dado por la aplicación retroactiva de un procedimiento que no era el vigente en autos y con ello vedar el acceso a la instancia de apelación, conculcando la garantía de defensa en juicio y el acceso a la justicia de raigambre federal (arts. 18 y 43) y de la CCBA (10 y 14, entre otros)".

De tal modo, quedó determinado el alcance de la función jurisdiccional del Tribunal en relación con la causa, toda vez que la Sala II que previno en autos, al rechazar por extemporáneo el recurso de apelación, no se expidió en relación con los agravios formulados contra la sentencia de grado que declaró abstracto el objeto del presente amparo.

En el recurso de inconstitucionalidad, la competencia del Tribunal está circunscripta a lo que fuera materia de agravio. De ahí que, en la presentación en

análisis, solo cabe expedirse respecto de la procedencia o improcedencia de la extemporaneidad de la apelación formulada por la actora ante la Cámara, cuestión en relación con la que expresara mi opinión favorable en el punto a).

c) Por fin, y en sentido contrario a la postura expresada por la Sala II, señalo que el dec. ley 16.986 en materia de amparo no es compatible con las disposiciones del art. 14 de la CCBA (conforme mis votos en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Akrich, Gustavo Raúl c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 4782/06, resolución del 29/11/2006 y "Vera, Miguel Ángel c/GCBA (Dirección General de Tránsito) s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 1427/02, resolución del 8/5/2002; entre muchos otros).

Con apoyo en los argumentos que anteceden, voto por hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto, a fs. 502/506, por la señora Marta Dodero y remitir las actuaciones a la Sala II de la Cámara CAyT —que intervino en la causa— a fin de que, previa sustanciación, se pronuncie sobre las cuestiones que plantea el recurso de apelación de fs. 477/487, con costas a la vencida.

El juez José O. Casás dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad deducido se dirige contra una sentencia que proviene del tribunal superior de la causa, hace imposible la continuación del proceso y aunque no se expide sobre el fondo de la pretensión objeto del litigio impide su replanteo. Además, si bien la presentación recursiva remite a la consideración de una cuestión netamente procesal —esto es, si en el caso correspondía a la Cámara aplicar el plazo previsto para la apelación de la sentencia de primera instancia contenido en el CCAyT (5 días) o en el dec. ley 16.986 (48 horas)—, la interesada ha logrado demostrar la existencia de un caso constitucional por encontrarse involucrada de manera directa la garantía del debido proceso (art. 18, C.N. y 13.3, CCBA). En este sentido, la recurrente afirma que la sentencia de la Cámara la ha privado del derecho a acceder a la revisión de la sentencia del juez de grado, a partir de la aplicación de una regla adjetiva que no regía para el caso.

2. Dado que la jurisdicción del Tribunal para entender en el juicio viene limitada por el alcance de los agravios contenidos en el recurso de inconstitucionalidad incoado —reseñados de manera sucinta en el punto 1 precedente—, no resulta posible ingresar en la consideración de la sentencia del señor juez de grado que concluyó que la pretensión amparista había devenido abstracta (fs. 468/471).

3. Sentado lo expuesto, estimo que la Cámara, en este caso puntual, no se encontraba posibilitada de aplicar el plazo de 48 horas contenido en el art. 15 del dec. ley 16.986 para resolver que la apelación de la actora resultaba extemporánea, pues el señor juez de grado ante quien había quedado radicada definitivamente la causa ya había dispuesto a fs. 189 que "la presente acción de amparo se regirá por las disposiciones previstas en el art. 14 de la CCBA y, en lo que sea compatible por las normas del CCAyT de esta Ciudad". Debe remarcarse, además, que la apuntada decisión de fs. 189 adquirió firmeza al ser consentida por las partes y que el juez, en definitiva, llevó adelante el proceso aplicando las previsiones del CCAyT

—v., entre otras providencias del trámite, la concesión de un traslado al GCBA por el plazo de cinco días del recurso de apelación interpuesto por la actora (fs. 489).

Desde esta perspectiva, entonces, el respeto del principio de preclusión procesal impedía modificar lo decidido en primera instancia en punto a la norma adjetiva aplicable para tramitar el expediente. En consecuencia, la decisión objetada, al menos en mi opinión, fue sorpresiva y resintió la *garantía del debido proceso* tutelada a nivel constitucional —más allá del acierto o error de la decisión del juez de grado que excluyó las previsiones del dec. ley 16.986 del trámite del juicio.

Por ello, corresponde: *a)* hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto; y *b)* devolver el expediente para que la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo CAyT se pronuncie sobre las cuestiones que plantea el recurso de apelación obrante a fs. 477/487. Las costas del recurso de inconstitucionalidad deben imponerse a la vencida (art. 62, CCAyT).

Así lo voto.

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* mal concedido el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la señora Marta Dodero.

2º. *Imponer* las costas en el orden causado.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

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

XXXVI

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

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Programas sociales de carácter habitacional. Derechos Humanos. Derecho a una vivienda digna. Principio de progresividad de los derechos sociales. Otorgamiento de subsidios. Control judicial del gasto público.

SUMARIOS:

1. De la lectura del art. 3º del dec. 690/06 se desprende que el Estado local se ha autoimpuesto la obligación de otorgar un subsidio monetario para afrontar el

pago de alojamiento y de orientar a las familias en la búsqueda de estrategias de solución a su problema habitacional, de modo tal que el Estado no se libera de la obligación de asistencia hasta que cumpla con la orientación y búsqueda de esas estrategias. *(Voto de los señores jueces José O. Casás y Ana María Conde).*

2. En el logro del objetivo de solucionar el problema habitacional, el Estado no puede encontrarse en soledad, sino que requiere de la participación y compromiso de los asistidos, ya que sólo de esa forma es posible encontrar la solución que dé satisfacción a cada una de las familias que tutela. *(Voto de los señores jueces José O. Casás y Ana María Conde).*

3. El Estado no puede adoptar por acción u omisión conductas regresivas en materia de derechos humanos, y si lo hace debe justificar por qué sus recursos no le permiten seguir atendiendo las necesidades de quienes reclaman judicialmente por la afectación de un derecho constitucional básico, como es el de la vivienda digna. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

4. En la medida en que el Estado no pueda proporcionar soluciones permanentes en materia habitacional, el subsidio debe ser regla, porque la pobreza crítica es la situación de excepción que el constituyente ha optado por resolver progresivamente (art. 31.1, CCBA). *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

5. El derecho a una vivienda integra el plexo de los llamados 'derechos sociales' que sólo pueden ser entendidos en un horizonte de sentido orientado hacia la igualdad, lo que está muy lejos de significar que los 'derechos sociales' sean promesas o programas, que no puedan ser exigidos al Estado por individuos o grupos. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

6. Cuando el art. 2.1 del PIDESC, establece que los Estados Partes deben adoptar medidas especialmente económicas y técnicas para lograr el desarrollo progresivo de los derechos sociales, se refiere a las medidas legislativas como una de las formas privilegiadas para lograr ese objetivo, pero ello no descarta, ni la existencia de otras ni la exigibilidad inmediata de los derechos sociales aún sin medidas legislativas en vigor. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

7. El gasto público no es una cuestión no justiciable en tanto está incluido en el marco constitucional (art. 106, CCBA), de modo que el uso de los recursos por parte del Estado se encuentra sujeto al control jurisdiccional. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

8. El programa social, en el sentido de velar por una vivienda suficiente y digna para los habitantes, no es optativo para el gobierno y establece temas de interés superlativo frente a otros programas o necesidades; se trata, cuando menos, de que la Constitución fija ya un orden lexicográfico de prioridades para los gobernantes. *(Voto en disidencia del señor juez Julio B. J. Maier).*

Expte. nº 5032/07 - 5/3/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La señora C. G., quien junto con su grupo familiar resultó beneficiaria del subsidio implementado a través del dec. 895/02, dedujo acción de amparo (fs. 1/12 vta.) por derecho propio y en representación de sus hijos menores de edad contra el GCBA a fin de que se los reincorporara a los programas de emergencia habitacional que dependen de la Secretaría de Desarrollo Social y se les brindara, además, una solución a su problemática alimentaria.

Fundó su demanda en los derechos que acuerdan los arts. 10, 17, 20 y 31 de la CCBA y 14 bis de la C.N. así como en los tratados internacionales sobre derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 de la C.N.) y contienen prescripciones normativas en sentido concordante.

La amparista sostuvo, centralmente, que la demandada "...ha decidido no otorgar subsidios de carácter habitacional sino por única vez, por un monto máximo por familia (conf. art. 6º dec. 895/02), y sin ofrecer ninguna otra alternativa válida que permita hacer frente a la emergencia habitacional..." (fs. 8), lo cual "...se torna manifiestamente irrazonable y se traduce como un condicionamiento regresivo de la prestaciones sociales" (fs. 8 vta.).

Planteó la inconstitucionalidad del art. 6º del dec. 895/02 "...y de toda otra norma que implique restringir el derecho de acceder a los planes de emergencia habitacional..." (fs. 10 vta.) y requirió el dictado de una medida cautelar tendiente a que, mientras dure la tramitación de las presentes actuaciones, se la incluya junto al grupo familiar conviviente en los programas de emergencia habitacional (fs. 10).

En una presentación posterior, y a pedido del Asesor Tutelar (fs. 111 y vta.), la actora aclaró que toda vez que su madre, la señora D. G., es beneficiaria del programa de atención a familias en situación de calle "...la presente acción *fue promovida requiriendo mi inclusión dentro de su grupo familiar*" (fs. 117 y vta., con destacado en el original).

2. El GCBA produjo el informe que prescribe el art. 8º de la ley 16.986 (fs. 96/100).

3. La medida precautoria, concedida por la jueza de primera instancia (fs. 40/41), fue cumplida por la accionada según surge de las constancias de fs. 50 vta.

4. El amparo fue admitido por la jueza de grado (fs. 158/160 vta.) quien ordenó a la Administración que "adopte las medidas necesarias a fin de que la amparista cuente inmediatamente, en el plazo de dos días, con un alojamiento adecuado para el grupo familiar, el cual deberá ser mantenido mientras el GCBA no demuestre fehacientemente en estos actuados que la situación de vulnerabilidad de la actora y su grupo familiar ha cesado" (fs. 160 vta.). Las costas fueron impuestas a la vencida.

Entre las razones que dieron sustento a la sentencia de fs. 158/160 vta. se destaca la circunstancia de la que la demandada no ha podido "...demostrar que la

situación socioeconómica de la amparista y su grupo familiar se ha revertido, siquiera en alguna medida...” (fs. 159 vta.) de modo tal que aun “...persiste (...) su obligación de brindar una solución hasta tanto esa situación aparezca conjugada por lo menos en niveles que permitan a la actora valerse por sí misma” (fs. 159 vta.).

Dicha decisión fue apelada por el GCBA (fs. 165/169 vta.).

5. La Sala II de la Cámara CAyT —con fundamento en normas protectorias en materia de derechos humanos— rechazó el recuso de apelación y confirmó la decisión cuestionada, con costas a la vencida (fs. 192/200).

6. El GCBA dedujo el recurso de inconstitucionalidad que luce a fs. 205/216 (contestado por la amparista a fs. 220/248) pues consideró que la Cámara: *a)* desconoció que la presente acción fue abstracta desde su comienzo (fs. 207 vta.), *b)* omitió aplicar la doctrina emitida por el Tribunal Superior en el caso “Mantovano” (fs. 209), *c)* prescindió de las constancias de la causa y no advirtió la inexistencia de una obligación incumplida a cargo del GCBA (fs. 209 vta.), *d)* incurrió en arbitrariedad normativa debido a la improcedente imposición de costas (fs. 214 vta.), *e)* formuló una interpretación inadecuada de los arts. 14 bis de la C.N., 31 de la CCBA y de la expresión “políticas especiales” del art. 17 de la CCBA así como de la exigibilidad de los derechos sociales y del principio que prohíbe la regresividad en dicho ámbito (conf. art. 75, inc. 22 de la C.N.) (fs. 210) y, *f)* se extralimitó en el ejercicio de la función jurisdiccional (fs. 210).

7. El recurso de fs. 205/216 fue parcialmente concedido por la Sala II (fs. 255/256 vta.) al considerar que “...en tanto hubo *interpretación* [constitucional] (...) media *cuestión constitucional*...” (fs. 256, las cursivas son del original).

Por el agravio que no fuera admitido —arbitariedad de la sentencia—, la demandada no recurrió en queja.

8. Luego de la interposición del recurso de inconstitucionalidad, entró en vigencia el dec. 690/06 (*BOCBA* 2463 del 21/6/2006) por el cual se derogó el dec. 895/02 —a cuyos beneficios se acogieran la actora y su familia— y se implementó el programa “Atención para Familias en Situación de Calle” previéndose, a favor de quienes acrediten encontrarse en ciertas condiciones, un subsidio que “… consiste en la entrega, de un monto de hasta pesos dos mil setecientos ($ 2.700), el que puede ser otorgado en seis (6) cuotas iguales y consecutivas de hasta pesos cuatrocientos cincuenta ($ 450) cada una, pudiendo la autoridad de aplicación ampliar el presente subsidio inclusive en una suma adicional de pesos mil ochocientos ($ 1.800), pagadera en hasta cuatro (4) cuotas iguales y consecutivas de pesos cuatrocientos cincuenta ($ 450) cada una, en los casos particulares que, a criterio de aquélla, ameriten la mencionada extensión, en orden a la persistencia de la situación que en su momento, motivara la entrega del beneficio” (art. 5º del decreto citado).

9. Radicadas las actuaciones en el Tribunal, la jueza de trámite Alicia E. C. Ruiz convocó a las partes a una audiencia en atención al dictado del dec. 690/06 (fs. 263).

En la audiencia del 27/12/2006, las partes acordaron la suspensión del trámite del recurso de inconstitucionalidad hasta el 30/4/2007. Establecieron que, en dicho lapso, la demandada incorporaría a la señora C. G. y a su grupo familiar al programa de asistencia habitacional que implementa el dec. 690/06. El GCBA se comprometió, asimismo, a brindar a la actora las prestaciones del programa "Nuestras Familias", a partir del mes de febrero de 2007, en las condiciones reglamentarias establecidas y a gestionar su inclusión en el programa "Patria Grande", como paso previo para su inclusión definitiva en el programa "Ciudadanía Porteña" ya que la beneficiaria participaba en el programa "Vale Ciudad". Finalmente, la amparista cumpliría los requisitos exigidos normativamente para la obtención y el mantenimiento de las prestaciones indicadas más arriba (fs. 268).

Con posterioridad, el GCBA hizo saber al Tribunal (fs. 280) que la señora C. G. fue incluida en el programa de Normalización Documentaria desde el 15/8/2006 (fs. 271) que también, es beneficiaria del programa "Apoyo Alimentario Directo a Familias" y, en calidad de tal recibe "...dos cajas básicas de alimentos secos de acuerdo a la composición de su grupo familiar que es de 7 integrantes..." (fs. 275). De igual modo, "...con el objeto de hacer efectivo el acuerdo alcanzado en autos..." se integró "...un módulo especial 'B' por su niño que se encuentra con desnutrición a los dos módulos básicos que se encuentra recibiendo como beneficiaria del Programa de Apoyo Alimentario Directo a Familias, dec. 1646-GCBA/02. Asimismo en la entrevista la señora G. se comprometió a presentar a la brevedad los certificados médicos actualizados para determinar con precisión el estado de salud de su hijo para poder brindarle una mejor asistencia" (fs. 278).

Más tarde, en la audiencia del 3/5/2007, las partes informaron que, a fin de dar cumplimiento a lo acordado en la audiencia previa, la actora y su familia fueron incorporados al programa "Atención para Familias en Situación de Calle" del dec. 690/06 pero que, sin embargo, no se habían concluido aún los trámites que permitieran efectivizar las restantes responsabilidades asumidas por el GCBA en el acta de fs. 268. La jueza Alicia E. C. Ruiz dispuso convocar a las partes a una nueva audiencia (fs. 283).

En la audiencia del 30/8/2007, las partes manifestaron que se ha dado cumplimiento a la incorporación de la amparista al programa "Nuestras Familias" y se que ha recibido la tarjeta para la adquisición de alimentos del programa "Ciudadanía Porteña", que comenzará a percibir en el mes de septiembre según se le informó a la actora. La señora G. manifestó que residía en un departamento en Villa Lugano por el que abona un alquiler de $ 500,00. Transmitió, también, su preocupación por la pérdida de la asistencia alimentaria que el GCBA le brinda para atender a uno de sus hijos que padece de desnutrición. El doctor Abraham (abogado del Ministerio de Derechos Humanos del GCBA) asumió el compromiso de mantener el otorgamiento de las cajas para atender la situación del niño (fs. 287).

10. La Asesora General Tutelar consideró que debe desestimarse el planteo de la demandada y, consecuentemente, quedar firme la sentencia de la Sala II de la Cámara CAyT (fs. 289/296).

11. El Fiscal General Adjunto propició hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, revocar la sentencia recurrida y declarar inadmisible el amparo (fs. 298/307).

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad deducido en tiempo oportuno por el GCBA debe ser rechazado por las razones que expongo a continuación.

2. El GCBA introduce en su recurso los siguientes agravios:

a) La interpretación y aplicación de normas contenidas en la C.N. y en la CCBA. Centralmente, el GCBA discute acerca de los alcances que corresponde asignar a los arts. 14 bis de la C.N. (en cuanto prescribe que el Estado establecerá por ley el acceso a una vivienda digna), 31 de la CCBA (en tanto expresa que la Ciudad reconoce el derecho a una vivienda digna) y 17 de la CCBA (en la medida en que hace alusión a "políticas especiales" que debieran implementarse a fin de satisfacer los derechos constitucionales en juego). Asimismo, el recurrente refiere a la exigibilidad de los derechos sociales cuyo rango constitucional es innegable (conf. art. 75, inc. 22 de la C.N.).

b) Los límites de la función jurisdiccional, asunto que remite —en definitiva— a la división de poderes y al concepto de tutela efectiva garantizada por el art. 25 de la CADH.

c) La inteligencia que corresponde atribuir al concepto de "no regresividad" que rige en materia de derechos humanos.

3. Las cuestiones mencionadas en el punto precedente fueron objeto de tratamiento y decisión en la causa "Toloza, Estela Carmen c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 4568, resolución del 9/8/2006, donde consideré que los argumentos que entonces planteaba el recurrente, GCBA (y que resultan coincidentes con los que ahora propone) "...no logra[ban] conmover una sentencia inobjetable y constitucionalmente plausible".

Debido a la similitud de fundamentos que expusiera el GCBA en aquella y en esta oportunidad, habré de transcribir, a continuación, las razones que dieran apoyo a mi postura en el precedente citado y que considero enteramente aplicables a la situación de autos.

"El recurrente afirma 'que, ni del art. 31 de la CCBA ni del art. 14 bis de la C.N. nace un derecho individual exigible a continuar siendo asistido por el Estado cuando se agotan las prestaciones fijadas en la normativa vigente, en el sentido interpretado por el Tribunal'. Entiende que las disposiciones mencionadas 'establecen principios y programas y reconocen expresamente que esos principios y programas han de ser implementadas progresivamente'. Esta interpretación de los textos constitucionales es desacertada."

"La CCBA en su art. 31 'reconoce el derecho a una vivienda digna' y prioriza —sin excluir otros supuestos— 'a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos'".

"Los actores (madre e hijo) encuadran en el presupuesto de hecho de las disposiciones citadas, gozan de la protección integral a la familia que consagra el art. 14 bis de la C.N., y el niño (...) dispone además de una especial tutela constitucional (conf. arts. 17, 20, 31.1, 39, CABA; arts. 14 bis, 75, incs. 22 y 23, C.N.; art. 11, PIDESC; arts. 3.1, 3.2, 4, 6.2, 19.2, 26.1, 27.1, 27.2 y 27. 3, Convención sobre los Derechos del Niño)".

"Está probado que los accionantes obtuvieron, mediante la actividad del Estado consistente en la asistencia prevista en el dec. 895/02 una mejoría temporal de sus condiciones habitacionales. Agotada esa asistencia, se ven colocados en una nítida situación de regresividad, que la Cámara define con acierto como 'situación de calle'. Y esta es la cuestión a resolver en el marco de las reglas constitucionales ya mencionadas".

"El Estado no puede adoptar por acción u omisión conductas regresivas en materia de derechos humanos. Si lo hace debe justificar —lo que no ha ocurrido en estos autos— por qué sus recursos no le permiten seguir atendiendo las necesidades de quienes reclaman judicialmente por la afectación de un derecho constitucional básico, como es el de la vivienda digna".

"En el caso, la regresividad que no es tolerada ni por el orden jurídico nacional ni por el local, se configura respecto del derecho a la vivienda digna".

"El recurrente entiende el derecho a la vivienda digna de modo tal que éste no implica que 'los individuos tienen derecho *sine die* a disfrutar de subsidios otorgados con carácter excepcional'. La expresión 'disfrutar' es poco afortunada ante personas carenciadas, que cabe imaginar preferirían ser autosuficientes y no requerir la ayuda del Estado. Tampoco se trata, como continúa la Procuración, de que el subsidio 'tenga carácter excepcional'. En un caso como el de autos y en la medida en que el Estado no pueda proporcionar soluciones permanentes, el subsidio debe ser regla. Y ello porque la pobreza crítica es la situación de excepción que el constituyente ha optado por resolver progresivamente (conf. art. 31.1, CCBA). Cuando esa pobreza se instala en la sociedad, es razonable que las autoridades recurran a diversos sistemas de atención, siempre que su aplicación sucesiva no implique la disminución y/ o la privación de las prestaciones ya reconocidas. Entonces si la vigencia del decreto ha cesado, es ajustado al bloque constitucional imponer al Estado el deber de preservar lo ya otorgado".

"El derecho a una vivienda integra el plexo de los llamados 'derechos sociales' que sólo pueden ser entendidos en un horizonte de sentido orientado hacia la igualdad, lo que está muy lejos de significar que los 'derechos sociales' sean promesas o programas, que no puedan ser exigidos al Estado por individuos o grupos. Muy por el contrario, se trata de un mandato del poder constituyente al poder constituido para que haga y cumpla".

"El Gobierno parece no entender esta cuestión y profundiza el desconocimiento de principios constitucionales cuando añade que 'nunca estuvo en mira de ningún constituyente establecer que las personas individualmente consideradas tengan derecho a una exigencia individual'".

"Esta posición conduce al absurdo consistente en que nunca nadie —sea una persona o un grupo de personas— podría reclamar judicialmente por la lesión que padece. La postura de la Procuración no resiste ningún test de constitucionalidad (...) Dicho de otro modo, la Procuración pretende desconocer que los derechos sociales son exigibles en el marco de un proceso y en la órbita jurisdiccional".

"El amparo no impugna qué hizo el Gobierno mientras cumplió con el dec. 895/02, ni la Cámara imputa regresividad a ese decreto".

"El conflicto nace al momento en que los actores dejan de percibir el subsidio otorgado".

"Cuando el art. 2.1 del PIDESC establece que los Estados Partes deben adoptar medidas especialmente económicas y técnicas para lograr el desarrollo progresivo de los derechos sociales, se refiere a las medidas legislativas como una de las formas privilegiadas para lograr ese objetivo, pero ello no descarta, ni la existencia de otras ni la exigibilidad inmediata de los derechos sociales aún sin medidas legislativas en vigor. De otra forma no podría comprenderse que todas las personas tengan derecho a un recurso sencillo y rápido —como por ejemplo este amparo— o a cualquier otro medio efectivo para que jurisdiccionalmente se las proteja contra actos que violan sus derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, como lo son el derecho a la vivienda digna, la protección integral a la familia y el interés superior del niño (conf. art. 25, CADH), que se discuten en este expediente".

"Para el recurrente serían excepcionales los casos en los que el Poder Judicial podría suplir la inactividad de los otros poderes públicos en la implementación de derechos económicos, sociales y culturales, pues estos dependen de la planificación, la previsión presupuestaria y su puesta en marcha. Agrega la Procuración que 'los jueces deben interpretar la ley siendo neutrales al gasto público' (...) y que 'bajo la concepción individualista de los derechos sociales que sostiene la Cámara este importantísimo y fundamental mandato constitucional no se cumple: el juez reemplaza a la Legislatura en la creación de dinero público y, obviamente, en la necesidad de establecer tributos. Sin embargo, no es función del juez impactar en el nivel de tributación. El juez no está para crear impuestos indirectamente, el juez está para interpretar la ley'".

"A través de expresiones como las mencionadas en el párrafo anterior, el GCBA trae en su apoyo a la doctrina de la no justiciabilidad del Estado. Más allá de subrayar el anacronismo de esta concepción, es oportuno formular algunas observaciones".

"Los jueces son un poder del Estado y dentro de sus competencias pueden interpretar, no sólo las leyes sino primordialmente la Constitución que es el lugar por antonomasia de la regulación de la actividad y de la función política".

"El escrutinio judicial del gasto público es viable y no invade la competencia de otros poderes, cuando en un proceso en el que se impugna la lesión de derechos, la consideración de ese gasto resulta dirimente. Es decir, el gasto público no es una cuestión no justiciable en tanto está incluido en el marco constitucional (conf. art. 106, CCBA). El uso de los recursos por parte del Estado ha pasado a ser un espacio sujeto al control jurisdiccional. Y tanto es así que el Estado debe justificar —lo que no ha sucedido en el caso de la actora— que ha utilizado el máximo sus recursos para solucionar el problema sometido a decisión de un juez (conf. art. 2.1, PIDESC)".

Por todo ello, ninguno de los agravios introducidos por el GCBA logra conmover la solidez del fallo recurrido.

4. En este apartado habré de poner en claro que las demás cuestiones que el GCBA incluye en su presentación son irrelevantes para sustentar el recurso de inconstitucionalidad.

El recurrente afirma que la sentencia en crisis prescindió de las constancias de la causa de modo tal que no advirtió la inexistencia de una obligación incumplida y desconoció que la acción intentada resultaba abstracta desde su inicio.

A fin de despejar la confusión en que incurre el GCBA es útil transcribir las consideraciones que dieran sustento a la decisión recurrida. La Sala II de la Cámara CAyT sostuvo, acertadamente, que "[e]n la causa *sub examine* el Estado local hizo oportuna aplicación de una política asistencial (...) [se entiende, a través de las prestaciones implementadas por el dec. 895/02]. Sin embargo, esa asistencia resultó sólo un paliativo temporal que transcurrido devolvió a sus beneficiarios a la situación extrema en que se encontraban con anterioridad al acceso al beneficio. Ahí reside el incumplimiento que la demandada reclama en sus agravios como inexistente" (fs. 194 y 199).

En efecto, el GCBA brindó ayuda (temporal) a la señora C. G. a través del pago de un subsidio de acuerdo con el régimen del dec. 895/02. Es oportuno recordar que, entre las razones que motivaron el dictado del decreto mencionado se destaca: "[q]ue el crecimiento sostenido de la pobreza *torna necesaria la adopción de medidas idóneas para paliar las consecuencias que la misma produce* en la calidad de vida de los ciudadanos; [q]ue la consecuente cronicidad de las problemáticas de los sectores mas desprotegidos, y la progresiva pauperización de los sectores medios produce el aumento de la demanda de soluciones a la problemática habitacional; [q]ue es especialmente preocupante por el impacto que produce la situación de calle en las Familias integradas por niños, niñas y adolescentes, y *en cuyo auxilio debe acudir el gobierno en forma imperativa"* (el destacado me pertenece).

Cumplida la prestación asistencial prevista en el dec. 895/02, la actora se encontró nuevamente en situación de calle. Es decir, en la condición de vulnerabilidad originaria, aquella que en los dichos de la propia demandada, "...torna necesaria la adopción de medidas idóneas para paliar las consecuencias" y justifica que el GCBA acuda en su auxilio "...en forma imperativa...", tal como lo expresan los considerandos del dec. 895/02. A partir de allí y de la actuación del propio recu-

rrente queda demostrado que la situación de emergencia habitacional no pudo ser superada cuando las prestaciones del dec. 895/02 se agotaron.

Ahora bien, la sentencia objetada rechazó el recurso de apelación que dedujera la demandada y, consecuentemente, confirmó la sentencia de primera instancia que ordenaba al GCBA "...adopt[ar] las medidas necesarias a fin de que la amparista cuente inmediatamente, en el plazo de dos días, con un *alojamiento adecuado para el grupo familiar, el cual deberá ser mantenido mientras el GCBA no demuestre fehacientemente en estos actuados que la situación de vulnerabilidad de la actora y su grupo familiar ha cesado"* (el destacado me pertenece). La solución que propongo en mi voto, que consiste en rechazar el recurso de inconstitucionalidad del GCBA, implica el mantenimiento de lo decidido en las instancias previas.

5. Las prestaciones fueron reconocidas y otorgadas con posterioridad a la interposición del recurso de inconstitucionalidad. El GCBA brindó a la amparista y a su familia asistencia habitacional y alimentaria en cumplimiento de los compromisos que tomara en las audiencias celebradas en el Tribunal como está detallado en el punto 9 de los resultas.

La conducta asumida por el GCBA se orienta a satisfacer aquello que en autos fuera decidido (en el caso de la asistencia habitacional) y aquello que, aunque no integra lo resuelto, se encuentra inserto en el marco de la presente *litis* (en el caso de la asistencia alimentaria). Lo dicho revela, sin lugar a dudas, el reconocimiento del GCBA de que la situación de emergencia denunciada por la amparista aun persiste en condiciones que demandan su auxilio.

La ayuda en materia habitacional que, actualmente, el GCBA proporciona a la amparista no importa el cumplimiento definitivo (sino parcial —temporal—) del deber que le impone la sentencia. Como ya lo señalara, la resolución que la Cámara confirma ordena al recurrente garantizar un alojamiento adecuado "...mientras (...) no demuestre fehacientemente en estos actuados que la situación de vulnerabilidad de la actora y su grupo familiar ha cesado". Por esa razón, el GCBA deberá dar continuidad a los planes de asistencia habitacional de acuerdo a lo prescripto por la Sala II de la Cámara CAyT.

En cuanto al apoyo alimentario, según surge de las constancias del expediente (fs. 287), la actora ha recibido la tarjeta para la adquisición de alimentos del programa "Ciudadanía Porteña" creado mediante la ley 1878.

La ley 1878 no sujetó la asistencia que acuerda a sus beneficiarios al cumplimiento de un plazo. Luego del ingreso al Plan, la baja del beneficio depende de que se produzca una variación en las condiciones habilitantes del subsidio. Lo que importa, en definitiva, un compromiso de asistencia que contempla las necesidades reales de la población en situación de riesgo alimentario. Así, el art. 11 de la ley citada determina el criterio de permanencia en el Programa en los términos que a continuación se indican: "[c]orresponde la baja del programa en las siguientes situaciones: *a)* Cuando se modifiquen las condiciones que habilitaron el acceso al programa y conforme la nueva situación, el/la beneficiario/a no reúna los requisitos de admisibilidad previstos en la presente ley".

Por su parte, en la última de las audiencias celebradas en el Tribunal (del 30/8/2007), la señora C. G. hizo saber su preocupación por la pérdida de la asistencia alimentaria especial que el GCBA le proporcionaba para atender el cuadro de desnutrición de su hijo que se encuentra en una situación particularmente grave. En esa oportunidad, el abogado del Ministerio de Derechos Humanos del GCBA asumió el compromiso de mantener el otorgamiento de esas cajas alimentarias.

De todo lo expuesto resulta evidente que —contrariamente a lo expresado por la demandada— no existe analogía alguna entre la presente causa y el caso "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Mantovano, Carlos Alberto y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 3098, resolución del 16/12/2004. En este último expediente, dictado el dec. 895/02, había desaparecido el riesgo de desalojo de los actores que motivara la interposición del amparo. Y, ello explica la decisión del Tribunal de declararlo abstracto.

6. Con apoyo en las consideraciones que anteceden, voto por rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto, a fs. 205/216, por el GCBA y, en consecuencia, por dejar firme la sentencia de la Sala II de la Cámara CAyT que rechazó el recurso de apelación de la demandada y confirmó la sentencia de primera instancia que admitió el amparo, con costas a la vencida.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Ya tuve ocasión de expedirme sobre situaciones análogas —entre otros casos— en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Navalle, Pedro Ignacio c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 4351/05 y en "Toloza, Estela Carmen c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 4568/06, ambas resoluciones del 9/8/2006, razón por la cual me limitaré a reiterar, apretadamente, los argumentos sustanciales para resolver asuntos de esta índole, que sostuve entonces, y a incorporar un énfasis respecto de la cuestión que está en el centro de estos litigios, cuestión que, a mi entender, permanece irresuelta.

2. Se trata aquí de un recurso de inconstitucionalidad concedido por la Cámara al recurrente —el GCBA, demandado—. El núcleo de la controversia se identifica con una cuestión constitucional paradigmática, a saber: cuál es el concepto, y cuáles los alcances, del *derecho a una vivienda digna* (CCBA, 31), particularmente, a la luz de las normas locales orientadas, idealmente, a la consecución de esa meta. Asimismo, se discute en el caso la trascendencia del art. 17, CCBA, en tanto dispone que "[l]a Ciudad desarrolla políticas sociales coordinadas para superar las condiciones de pobreza y exclusión mediante recursos presupuestarios, técnicos y humanos. Asiste a las personas con necesidades básicas insatisfechas y promueve el acceso a los servicios públicos para las que tienen menores posibilidades".

Todo ello debe trasladarse, desde luego, al caso concreto de la señora G., su familia y su situación, lo que ha sido materia primigenia de debate por los protagonistas del litigio. Debido a las vicisitudes de que da cuenta la señora jueza de

trámite (ver puntos 8 y 9 de las "resultas"), la situación descripta se torna extensiva a la aplicación de las reglas dispuestas por el dec. 690/06, que entró en vigencia en junio de 2006, por lo que resultó derogado el dec. 895/02, a cuyos beneficios se había acogido la amparista y su grupo familiar.

3. La cuestión a resolver no atañe, en modo alguno, a la obligación ya cumplida por el Gobierno, conforme a la legislación vigente. Por lo contrario, aquélla materializa la satisfacción de un deber, satisfacción reconocida por ambas partes de la controversia —la demandada, desde el escrito del comienzo—. En cambio, el problema jurídico relativo al modo como el Estado local habrá de confrontar la posible subsistencia (en el *sub examine*, constatada) de la situación de origen a la cual atendía el programa asistencial ya cumplido, es la pregunta de fondo que cabe formular en este caso. En otras palabras: ¿la obligación de garantizar una prestación habitacional o, más ampliamente, asistencial, se agota en el cumplimiento de aquello dispuesto por las normas locales vigentes (dec. 690/06) o, en cambio, persiste hasta la superación de la situación de vulnerabilidad que atraviesa la accionante? Se trata de compatibilizar el "derecho vigente" (nos referimos, claro, a las disposiciones contenidas en el decreto antes mencionado) y el mandato plasmado en el art. 31 de la CCBA, conforme al cual "[l]a Ciudad reconoce el derecho a una vivienda digna y a un hábitat adecuado. Para ello: *1.* Resuelve progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos. // *2.* Auspicia la incorporación de los inmuebles ociosos, promueve los planes autogestionados, la integración urbanística y social de los pobladores marginados, la recuperación de las viviendas precarias y la regularización dominial y catastral, con criterios de radicación definitiva. // *3.* Regula los establecimientos que brindan alojamiento temporario, cuidando excluir los que encubran locaciones".

4. El defecto insalvable del recurso del GCBA es que, lejos de encarar este problema y ofrecer una respuesta, el RI niega el primero e incurre en circularidad viciosa respecto de la segunda. Así, la demandada aduce que la sentencia confirmatoria de la Cámara le causa agravio puesto que la sentencia de primera instancia (la resolución confirmada) resultó abstracta desde su inicio (ver fs. 207 vta.), no obstante lo cual hizo lugar a la acción de amparo. En sustento de este reproche, esta parte sostuvo que "[e]l Tribunal *ad quem* no advirtió que la actora fue beneficiada con el otorgamiento de un subsidio habitacional en el marco del Programa de Atención a Familias en Situación de Crisis, y que pide nuevamente a la Ciudad el otorgamiento de otra solución habitacional. // Así el Tribunal *a quo* omitió tener presente —entre otras tantas cuestiones— que conforme se acreditó con las constancias administrativas acompañadas en autos y referenciadas a la época de producir el informe del art. 8º de la ley 16.986, el GCBA había otorgado a la actora los beneficios del dec. 895/02, es más la misma actora lo reconoció en el escrito de la demanda, por lo que la pretensión amparista resultaba evidentemente abstracta. // De allí pues... surge claro que el Tribunal *a quo* se apartó en forma inmotivada de las constancias de la

causa, de las cuales surgía que la pretensión amparista resultaba abstracta carente de actualidad y vigencia [*sic*], en razón que la actora [*sic*] y su grupo familiar se hallan recibiendo los beneficios de los programas asistenciales contemplados por la normativa vigente" (fs. 207 vta.).

Como lo anticipamos, el argumento de la demandada es de carácter retorsivo o circular, puesto que nunca llega a problematizar si, a partir de la hermenéutica constitucional, los criterios de interpretación del art. 31 de la Constitución local fijan un alcance de la norma que permita afirmar, como yo creo es el caso, la *subsistencia de la obligación estatal en tanto subsista el escenario de vulnerabilidad familiar y social que el Estado debe atender*.

5. Como lo sostuve en anteriores causas, desde el punto de vista señalado, que es indudablemente el centro de la controversia, la sentencia de la Cámara resulta intachable. En ella se emplean fluidamente mecanismos epistemológicos plausibles para determinar aquello que considera *derecho a la vivienda digna* en nuestra Constitución y en los pactos internacionales, los principios que rigen esa interpretación y que derivan en la confirmación de la obligación impuesta al GCBA con relación a la actora. En efecto, tras examinar la normativa que, *jerárquicamente*, otorga sentido a la modalidad asistencial prevista por el dec. 895/02, la Cámara destaca que la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires ordena políticas especiales para situaciones como la que cabe atender en el *sub examine*, esto es, una crisis familiar por emergencia habitacional, con proyecciones hacia otras esferas vinculadas con el ejercicio de derechos individuales fundamentales.

Así, y en consonancia con el art. 31 de la CCBA, transcripto *supra*, la Alzada reproduce en su fallo la norma contenida en el art. 17 de la Constitución local: "La Ciudad desarrolla políticas sociales coordinadas para superar las condiciones de pobreza y exclusión mediante recursos presupuestarios, técnicos y humanos. Asiste a las personas con necesidades básicas insatisfechas y promueve el acceso a los servicios públicos para los que tienen menores posibilidades". Por lo demás, la Cámara destaca que los tratados internacionales recogidos en la Constitución Nacional resultan, a su vez, fuentes de contenido en la materia (ver fs. 144 y 144 vta.). La Alzada reconoce que, "en este marco, el decreto del Poder Ejecutivo 895/02 es una estrategia concreta en la realización del derecho humano fundamental a una vivienda digna (...). No obstante, las exigencias en materia de derechos humanos poseen una lógica que excede al acto concreto de realización, postulando que toda actividad estatal a favor del cumplimiento efectivo de esos derechos constituye un acto puntual a la vez que sienta un proyecto. Esto se conoce como 'progresividad' de los derechos humanos..." (fs. 193 vta.). Y, más adelante, "[C]orresponde que la demandada arbitre los medios necesarios para mantener el usufructo del derecho de la actora que oportunamente fuera protegido (...) Lo que podrá consistir, desde ya, en la prolongación del beneficio otorgado por el poder en cuestión, o bien, por el otorgamiento de algún otro plan que garantice el efectivo goce del derecho amparado y permita el desarrollo progresivo (y no regresivo) del acceso a una vivienda digna" (fs. 194 vta.).

El interrogante se centra entonces en decidir si esta suerte de regreso al estado de emergencia anterior al acceso al subsidio es susceptible de ser interpretado como una acción u omisión local que requiere de la intervención jurisdiccional por razones de ilegitimidad. Resulta claro que el programa ya vencido, dispuesto por el dec. 895/02, se ha cumplido y ha fenecido para el amparista. No se trata así —o, cuando menos, no se trata ya— de la interpretación de una regla infraconstitucional ni del cuestionamiento fáctico sobre su cumplimiento.

6. Empero, la circunstancia misma de poner en crisis, al menos parcialmente, la interpretación de una regla constitucional —básicamente, la del art. 31, CCBA, y la imposición por ella de ciertos deberes de acción al Estado local—, justifica ingresar al recurso y tratar sus presupuestos. Aunque yo no sea partidario de la vía elegida, el amparo, para tratar determinados problemas (conf. mi voto *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Parcansky, Manuel Jorge c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA]'", expte. nº 4970/06, sent. del 5/6/2007), lo cierto es que aquí no corresponde cuestionar el caso desde ese punto de vista, por dos razones: primero, juega el hecho de que así ya se ha consolidado la causa, vía por todos aceptada y, segundo, opera la consideración de que aquí se trata del desarrollo concreto de un derecho constitucional concedido directamente por la ley fundamental, que no opera actualmente y existe urgencia en lograr que opere, todos aspectos que ya la demanda pone en juego, por fracaso, incluso, de otras instancias u opciones.

El núcleo fuerte de la desavenencia epistemológica respecto de la cláusula constitucional citada está claramente constituido por la concepción del *principio de progresividad*, fijado, como es sabido, por obligaciones internacionales, y su derivado, en tanto prohíbe la *regresividad*. Mientras la sentencia interpreta que estos derechos (sociales) son oponibles al Estado como deber de tornarlos reales o de garantizar su goce, más allá de cumplimientos parciales y mientras se mantenga la situación de necesidad, y una vez atendidos no puede existir retroceso sin alguna razón cancelatoria, absolutamente justificada (p. ej.: conflagración armada, guerra civil, etc.), la demandada y recurrente estima que ellos sólo significan líneas de políticas sociales sugeridas por la Constitución —de allí su cumplimiento por el dec. 895/02—, condicionadas a la voluntad de los órganos que establecen esas políticas y, por tanto, variables temporalmente, en el sentido de su cumplimiento o incumplimiento por desplazamiento de otros fines ponderados más relevantemente por el gobierno. Yo estimo que la siguiente idea debería atraer el suficiente consenso: el *programa*, en el sentido de velar por una vivienda suficiente y digna para los habitantes, *no es optativo para el gobierno* y establece temas de interés superlativo frente a otros programas o necesidades; se trata, cuando menos, de que la Constitución fija ya un orden lexicográfico de prioridades para los gobernantes. Trasladado este razonamiento al *subjudice*, el fracaso de toda la argumentación epistemológica del recurrente respecto de este punto central y de la imposibilidad de regreso finca, precisamente, en que él no identifica o individualiza los fines

políticos prioritarios que atiende el gobierno y cuya atención le impide la atención del involucrado en el caso.

7. El recurrente se queja porque la elección de políticas sociales y su ponderación para privilegiar unas y relegar otras no le corresponde al Poder Judicial, a los jueces, sino a los órganos respectivamente competentes. De otra manera, los jueces traspasan toda frontera entre los poderes del Estado, judicializan la política y, con ello, desequilibran el sistema republicano (ver, especialmente, fs. 211 vta./212).

Frente a este argumento nada debo agregar, pues, como ya lo expresé, el recurrente no ha señalado cuál interés o política es preponderante para el gobierno frente al *derecho de obtener una vivienda digna*, aquí invocado por el amparista y fijado por la Constitución. Mucho menos ha verificado que el cumplimiento de uno anule la posibilidad de cumplir con el otro. Sin embargo, estimo que unas pocas líneas defienden correctamente la sentencia de la Cámara, que, a través de su pronunciamiento, no ha pretendido fijarle al gobierno políticas a seguir, mucho menos discrecionalmente. Sólo le ha recordado al gobierno la necesidad de cumplir, en el caso, con un deber constitucional frente a una persona que juzga necesitada de obtener ese derecho. Resulta imperativo advertir, como lo hice *in re* "Toloza", citado al comienzo, que "la interpretación de las leyes frente a un caso y, en especial, de la Constitución del Estado, es, desde hace ya algunos años, tarea que corresponde a los jueces. Si se quiere un ejemplo sencillo: la Cámara no ha hecho otra cosa que la misma acción que desarrolla cuando, por corrección de un acto administrativo, obliga a una repartición pública a entregar a una persona una licencia (para conducir, por ejemplo) que le fue negada previamente por ese oficio. Seguramente ellos, los jueces, cometen errores al desarrollar su tarea, como los comete el gobierno al desarrollar la suya: lo único que puede esperarse, para bienestar de los ciudadanos, es que esos errores no sean demasiados o demasiado comunes" (punto 4).

Por consiguiente, la "intervención jurisdiccional" en el caso, *muy lejos de la pretensión de sustituir al órgano legislativo* en el diseño de estrategias para lograr, de modo razonablemente progresivo, la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales, *se erige en una obligación del Poder Judicial, en todas sus instancias*.

8. Conforme a la argumentación que antecede, acompaño el voto de la señora jueza de trámite en tanto resuelve rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto. Costas a la vencida, por aplicación del principio objetivo de la derrota (CCAyT, 62).

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Desarrollado el proceso del modo que consignan los 'resulta' de este pronunciamiento, surge que en el marco de las audiencias convocadas en autos el GCBA hizo saber que la actora y su grupo familiar han sido incorporados al programa del dec. 690/06 (fs. 268, 283 y 287).

En tal contexto corresponde analizar los agravios que el demandado articuló en el recurso de inconstitucionalidad concedido parcialmente a fs. 255/256.

2. La sentencia impugnada dispone, para lo que ahora importa, confirmar la de primera instancia que había dispuesto hacer "(...) lugar a la acción de amparo (...) ordenando a la Administración adopte las medidas necesarias a fin de que la amparista cuente inmediatamente (...) con un alojamiento adecuado para el grupo familiar, el cual deberá ser mantenido mientras el GCBA no demuestre fehacientemente en estos actuados que la situación de vulnerabilidad de la actora y su grupo familiar ha cesado (...)" (fs. 160). Por su parte, la accionante había requerido ser incluida en los programas de emergencia habitacional impugnando, de modo expreso, que los subsidios en la materia fueran limitados "en el monto o en el tiempo". En tal sentido dejaron "planteada la inconstitucionalidad del art. 6º del dec. 895/02 y de toda otra norma que implique restringir el derecho a acceder a los planes de emergencia habitacional que encuentren igual fundamento" (fs. 1, 8 y 9/10). También había requerido se reconozca su "derecho a tener una alimentación adecuada" (fs. 1).

Las características de la pretensión articulada en autos, la propuesta de solución formulada por la demandada y el alcance que las sentencias de mérito acordaron al derecho reclamado (v. gr. otorgar el subsido "hasta tanto se hallen en condiciones de superar el estado de 'situación de calle' que motivó su admisión en el programa regulado por el dec. 895/02") imponen analizar el régimen establecido por el dec. 690/06.

3. De modo preliminar, corresponde señalar que no pueden prosperar los agravios del recurrente orientados a demostrar que, tal como lo califica, el amparo impetrado es abstracto, porque el GCBA brindó a los accionantes los beneficios del dec. 895/02. Para una situación análoga, ventilada en autos "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Barrera, Mirtha y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 4757/06, sent. del 25/4/2007, desarrollé los motivos que fundan el aserto y que, ahora, reproduzco en lo pertinente:

El art. 31, inc. 1º de la CCBA manda: "[resolver] progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos".

Este texto brinda pautas a las que deben acomodarse los órganos políticos. Por una parte, prioriza la necesidad habitacional por sobre otras. A su turno, prevé que las soluciones que ponga progresivamente en marcha el estado local deben privilegiar el acceso de las personas según pautas que indica inequívocamente, si bien librando ciertos ajustes a decisión de los poderes políticos encargados de dar carnadura al mandato.

Por su parte, para ejecutar ese mandato constitucional la Administración, asumiendo la interpretación que le corresponde formular para concretar la competencia a su cargo, estableció las prioridades ponderables para asignar el subsidio habitacional. El dec. 690/06 prevé:

> *Art. 7º* — Para la determinación del monto a otorgar, la autoridad de aplicación debe tener en cuenta las siguientes condiciones:

a) composición de la familia, considerando en especial los casos de familias monoparentales a cargo de la mujer,
b) situación de empleo de los miembros del grupo familiar,
c) que el grupo familiar se encuentre compuesto por personas con capacidades especiales, menores en edad escolar, o personas con enfermedades prolongadas y/o graves, mujeres en período de gestación,
d) ingresos per cápita,
e) cantidad de miembros que componen el grupo familiar,
f) si se trata de un grupo familiar en situación de riesgo.

A la luz de estas pautas debemos examinar la cuestión que propone la recurrente. Vale comenzar por preguntarnos cómo medir las necesidades a fin de efectuar la ponderación que manda la norma. Parece una verdad de Perogrullo que las necesidades deben ser medidas en cada oportunidad o, para decirlo de otro modo, cuando existen. No cabe comparar la necesidad del sujeto A en el momento t1 con la del sujeto B en el momento t2. Debemos, en cambio, medir la de A y B en el momento t que corresponda a la prestación que el Estado ejecute. Desde ese ángulo, aunque quepa quizás afirmar que las necesidades de A, que percibió la totalidad del monto estipulado por el dec. 690/06 en las cuotas previstas, puedan ser presumidas iguales o menores que las de B, cuyas condiciones personales suponemos iguales al solo fin del ejemplo. Empero, profundizando el análisis, puede verse que las necesidades de un grupo familiar C con niños, que ha cobrado y gastado la suma considerada son, a la luz de criterios objetivos recogidos en la CCBA y en tratados internacionales (v. gr. arts. 3º, 4º, 5º y 6º de la Convención sobre los Derechos del Niño), mayores que las del individuo solo, suponiendo iguales las restantes circunstancias. Es que haber recibido una ayuda en el pasado no resuelve el problema del presente, especialmente cuando la ayuda no está destinada a terminar el problema sino, a lo sumo, a paliar momentáneamente sus efectos. En tales condiciones, una regla que prioriza al solitario A por sobre el grupo C porque ya ha consumido el subsidio quiebra las pautas que la CCBA prevé para el programa que propicia.

La discontinuidad del subsidio no es *per se* el problema, ni corresponde al Poder Judicial expedirse sobre la idoneidad de la política que implementan los planes sociales destinados a superar el déficit habitacional. En cambio, la pauta en función de la cual se administra el beneficio requiere y admite control a la luz de las directivas que surgen del transcripto art. 31 de la CCBA cuando vienen controvertidas por parte legitimada. Las constancias de autos acreditan que la Administración, por un lado, no otorga la extensión del subsidio a la parte actora —en el caso, una familia biparental, con hijo menor escolarizado— aunque el plan social en el que el beneficio se inscribe subsista con similares características (v. gr. dec. 690/06) y, por otro, ello ocurre sin que quede demostrado que los nuevos beneficiarios del programa ostentan una situación de mayor vulnerabilidad que la de los accionantes (v. gr. en nuestro ejemplo acceso al programa de A con desplazamiento de C). Mientras que el egreso del programa evaluado a la luz de los parámetros previstos por el

art. 31 de la CCBA y su reglamentación asegura que los recursos presupuestarios asignados a solucionar progresivamente el problema habitacional, necesariamente finitos, resultan congruentes con una distribución que atiende el nivel de exposición del beneficiario, aplicar el decreto de modo automático y sin otra prioridad que, por ejemplo, el orden de llegada al registro de beneficiarios vulnera pautas mínimas de razonabilidad. Es deber de la autoridad de aplicación mostrar que la discontinuidad del beneficio recibido por la familia B.-M. no queda decidida a favor del ingreso de, por ejemplo, un adulto soltero sin necesidades especiales o, en general, de alguien en mejor posición que los accionantes. En tal contexto, entonces, era deber de la Administración aplicar a los actores la prioridad de acceso al beneficio de un modo que conjugue las previsiones del dec. 690/06 (v. gr. arts. 3º, 5º, 7º y concs.), las directivas del art. 31 de la CCBA y las disposiciones de tratados internacionales como las ya citadas.

4. Trasladado al supuesto de autos, no está controvertido que la actora vive con cinco hijos menores de edad. Además, el demandado a partir de las audiencias celebradas en autos, realizó gestiones que suponen reconocer la situación de emergencia que motivó estas actuaciones (fs. 268, 275, 278, 283 y 287).

Aunque asiste razón al GCBA, en cuanto sostiene que no puede imponérsele *sine die* la obligación de otorgar el beneficio a los actores (fs. 213 vta.), el alcance de dicho beneficio no se agota en el límite temporal anunciado por los programas sociales bajo estudio. Conforme establecí en mi voto en "Barrera":

La modalidad temporal establecida por el mencionado art. 5º no provoca, necesariamente, la extinción del subsidio pues corresponde verificar, para que ello ocurra, el cumplimiento de las condiciones derivadas de los arts. 3º y 7º del dec. 690/06.

La defensa del GCBA no controvierte que estén reunidos los requisitos establecidos en el dec. 690/06 para recibir el subsidio allí previsto.

Menos aún indica la demandada por qué motivos podría tenerse por cumplida, en el caso, la previsión del art. 3º del dec. 690/06, según la cual, la Administración debe orientar a las familias en situación de calle "en la búsqueda de distintas estrategias de solución a su problemática habitacional". El giro que asume la política para superar el déficit de vivienda a partir de la vigencia del dec. 690/06 no es menor. A diferencia de lo que ocurría en el régimen anterior (v. gr. art. 10 del dec. 895/02) la propuesta de salida estable que condicionaba la extensión del subsidio, ahora, no está exclusivamente a cargo del beneficiario sino que requiere que la Administración brinde orientación en la materia. La discontinuidad del subsidio queda ligada a una actividad conjunta del requirente y la autoridad de aplicación para superar la situación de calle.

Además, el egreso del sistema asistencial, reitero, deberá probar que idéntico beneficio no se acuerda a sujetos menos vulnerables que aquellos que consumieron el estipendio previsto por el art. 5º del dec. 690/06 asignado según las prioridades previstas por el art. 7º de esa norma.

5. Así explicado el alcance de las obligaciones a cargo del GCBA, cabe concluir que, ni los pagos efectuados en concepto del programa creado por el dec. 895/02, ni los acordados desde la inclusión en el régimen del dec. 690/06 permiten tener por agotadas las prestaciones allí previstas. Esto último pues, conforme a los fundamentos desarrollados en los puntos precedentes, el demandado debió acreditar, y no lo hizo, el cumplimiento de las pautas que para asignar el beneficio habitacional dispone el dec. 690/06 (punto 2 de este voto), así como el acatamiento de las previsiones establecidas en el art. 3º de esa norma (punto 3 de este voto).

6. Todo lo dicho es suficiente para resolver el recurso del GCBA sin que sea necesario expedirse sobre los restantes planteos formulados. En consecuencia, voto por hacer lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad y confirmar la sentencia de Cámara —que, a su vez, confirma la de primera instancia— en cuanto ordena al GCBA que "adopte las medidas necesarias a fin de que la amparista cuente (...) con un alojamiento adecuado para el grupo familiar" en el marco de los programas de emergencia habitacional, regulados actualmente por el dec. 690-GCBA/06. Las costas del recurso de inconstitucionalidad correrán en el orden causado.

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

1. De la lectura de las recientes constancias de la causa se advierte que, si bien en diversas audiencias celebradas ante este Estrado las partes han realizado gestiones para encontrar alternativas de solución, no se ha podido poner fin al conflicto planteado en el *sub examine*. Por ello, las impugnaciones de la demandada contra el pronunciamiento de la Sala II continúan pendientes de resolución.

Ahora bien, con posterioridad a la interposición del recurso de inconstitucionalidad por parte del GCBA, el Poder Ejecutivo de la Ciudad de Buenos Aires dictó el dec. 690-GCBA/06 (*BOCBA* 2463 del 21/6/2006). El art. 1º del decreto citado deroga expresamente el dec. 895/02, sus normas reglamentarias y complementarias, y crea el Programa de Atención para Familias en Situación de Calle con el fin de adecuar y mejorar la atención de las familias en estado desamparo habitacional (conf. considerandos, dec. 690-GCBA/06).

Conforme a la regla según la cual las sentencias en los juicios de amparo deben ceñirse a la situación fáctica y jurídica existente a la fecha en que se dictan, teniendo en cuenta no sólo los factores iniciales sino también los sobrevinientes (doctrina de *Fallos,* 300:844; 308:1489; 310:1927, entre muchos otros), resulta evidente que la pretensión objeto de esta acción judicial —orientada a lograr que el GCBA preste asistencia habitacional a la actora y a su grupo familiar—, no se rige hoy día por el dec. 895/02, sino por el referido dec. 690/06 (conf. fs. 268).

2. Así entonces, corresponde examinar los agravios expuestos por el Gobierno al momento de interponer el recurso de inconstitucionalidad que mantienen utilidad desde el punto de vista de la decisión que se pretende de este Tribunal, de cara a lo decidido por la Cámara a fs. 192/200 y a esta nueva realidad existente en el plano jurídico. En este contexto, subsisten y deben ser decididos los planteos referidos a:

1. el carácter abstracto de la pretensión, a partir a las exigencias del art. 14, CCBA; y

2. la interpretación de las disposiciones constitucionales nacionales y locales y del PIDESC —cuya jerarquía superior fue establecida por las cartas constitucionales de la Nación y de la Ciudad de Buenos Aires (arts. 75, inc. 22 y 31, respectivamente) que garantizan el derecho a la vivienda digna.

3. Con respecto al agravio esgrimido por la Procuración General de la Ciudad en torno al alegado carácter abstracto de la demanda, entendemos que corresponde rechazarlo. Ello así, pues sobre este punto sólo cabe recordar que la actora y sus hijos menores, antes del dictado de la medida cautelar, no se encontraban ya a cubierto de la asistencia estatal. Fue precisamente por la orden del *a quo* que se le restableció la ayuda económica para afrontar el pago de los alquileres.

De tal manera, la pretensión no era abstracta *ab initio* ni lo es ahora, por cuanto en la actualidad no está controvertido que la amparista y sus seis hijos se encuentran efectivamente en una grave situación de emergencia habitacional (conf. actas de las diversas audiencias celebradas recientemente ante el TSJBA obrantes a fs. 268, 283 y 287).

4. Distinta es la suerte de la impugnación del GCBA relativa a la interpretación efectuada por la Cámara sobre las disposiciones constitucionales nacionales y locales y del PIDESC referidas al derecho a la vivienda.

En lo que aquí interesa, la sentencia de la Cámara dejó en pie la decisión de primera instancia en cuanto había ordenado al GCBA brindar "un alojamiento adecuado para el grupo familiar, el cual deberá ser mantenido mientras el GCBA no demuestre fehacientemente en estos actuados que la situación de vulnerabilidad de la actora y su grupo familiar ha cesado", estableciendo así en cabeza de la demandada una obligación *sine die* a la prestación de asistencia. En particular, reprochó por insuficiente la asistencia prevista por el GCBA en el programa establecido por el dec. 895/02 en tanto, al vencimiento de las cuotas previstas, devolvía a los beneficiarios a la situación de emergencia habitacional, vulnerando la cláusula de progresividad vigente en materia de derechos humanos.

Ahora bien, el régimen instituido por el dec. 690/06 —aplicable a la situación de la actora y su grupo familiar por expreso reconocimiento de la parte recurrente (conf. fs. 268 y 283)— crea el Programa de Atención para Familias en Situación de Calle, cuya autoridad de aplicación es la Dirección General de Fortalecimiento familiar y Socio-Comunitaria, dependiente del Ministerio de Derechos Humanos y Sociales del GCBA. Según enuncia el citado decreto en su art. 3º, "(e)l Programa tiene como objeto el otorgamiento de subsidios a fin de brindar asistencia a las familias en situación de calle, fortaleciendo el ingreso familiar, exclusivamente con fines habitacionales y la orientación de aquéllas en la búsqueda de distintas estrategias de solución a su problemática habitacional".

De la lectura del artículo se desprende que bajo esta nueva regulación el Estado local se ha autoimpuesto dos obligaciones: *1)* otorgar un subsidio monetario para afrontar el pago de alojamiento, y *2)* orientar a las familias en la búsqueda de estrategias de solución a su problema habitacional.

El art. 5º de la nueva reglamentación prevé, al igual que lo hacía el dec. 895/02, un sistema de subsidios para brindar asistencia a las familias en situación de calle, sujeto a ciertos y determinados requisitos que los solicitantes deben cumplimentar para acceder y que se detallan en los artículos subsiguientes. Expresa el mencionado artículo: "El subsidio creado consiste en la entrega, de un monto de hasta pesos dos mil setecientos ($ 2.700), el que puede ser otorgado en seis (6) cuotas iguales y consecutivas de hasta pesos cuatrocientos cincuenta ($ 450) cada una, pudiendo la autoridad de aplicación ampliar el presente subsidio inclusive en una suma adicional de pesos mil ochocientos ($ 1.800), pagadera en hasta cuatro (4) cuotas iguales y consecutivas de pesos cuatrocientos cincuenta ($ 450) cada una, en los casos particulares que, a criterio de aquélla, ameriten la mencionada extensión, en orden a la persistencia de la situación que en su momento, motivara la entrega del beneficio". De tal manera, y aunque con diferente redacción, el art. 5º vigente establece, al igual que el art. 6º derogado, un límite cuantitativo al subsidio estatal: $ 2.700 (dividido en 6 cuotas) + $ 1.800 (dividido en 4 cuotas). Y aunque las razones de la posibilidad de extensión residen en *la persistencia de la situación que en su momento, motivara la entrega del beneficio*, es claro que al vencimiento de las cuotas adicionales nada se prevé.

Sin embargo, según la regulación vigente, la Administración, además de atender monetariamente a los inscriptos en el Programa por un determinado lapso de tiempo, asume el *compromiso de orientar a los beneficiarios de tales subsidios en la búsqueda de estrategias superadoras de su situación de carencia habitacional.*

Como ya lo expresáramos en oportunidad de resolver la causa "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Barrera, Mirtha y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 4757/06, sent. del 25/4/2007, el texto del art. 3º es suficientemente explícito en cuanto a que ambas obligaciones deben ser interpretadas en forma conjunta. No basta, según la ley vigente, con la asistencia a través del subsidio, sino que la Administración está obligada a hacer *algo más*. En efecto, *las obligaciones mencionadas se correlacionan y suceden con el objetivo de hallar la solución, en cada caso particular, para resolver de manera eficiente la situación de desamparo habitacional.* De tal modo, *el Estado no se libera de la obligación de asistencia hasta que cumpla con la orientación y búsqueda de estrategias prevista en la segunda parte del art. 3º.*

Esta interpretación —que liga ambas acciones debidas por el Estado a un resultado positivo— resulta armónica con la realización del fin constitucional previsto en el art. 31 de la CCBA. En primer lugar, porque se tiene en cuenta la mayor amplitud del compromiso, en los términos del dec. 690/06, destinado a encontrar una solución en materia de tutela social y, además, porque claramente encuentra fundamento en la realidad socioeconómica actual, diferente a la de años anteriores. A la fecha, atenuada la gravísima crisis económica suscitada a partir del año 2001 durante la cual, frente a la falta de demanda de empleo, sólo se pudo atemperar la situación de precariedad en materia de vivienda mediante subsidios, alojamiento en hoteles o en albergues públicos, el Gobierno ha asumido la tarea de colaborar y guiar a quienes se encuentran en esta situación para solucionar el problema habi-

tacional. Corresponde a los poderes políticos estructurar las políticas y planes para dar satisfacción a la segunda parte de lo dispuesto en el régimen tutelar previsto en el dec. 690/06.

Debe señalarse, empero, que en el logro de este objetivo, el Estado no puede encontrarse en soledad, sino que requiere de la participación y compromiso de los asistidos, ya que sólo de esa forma es posible encontrar la solución que dé satisfacción a cada una de las familias que tutela. En efecto, ni la estrategia a seguir, ni las posibilidades de superación de la situación serán iguales para cada familia del Programa, ni puede imponerse al Gobierno que implemente, en cada caso, la solución "a medida" que requiere cada grupo familiar.

Por otra parte, el éxito de este tipo de programas también reside en la renovación de beneficiarios para así poder atender a la mayor cantidad de personas que pudieran requerir la ayuda estatal.

5. El diseño del nuevo plan de asistencia habitacional para familias en situación de calle y las particularidades que lo distinguen, en cuanto a las obligaciones que el Gobierno de la Ciudad asume con respecto a los beneficiarios, determinan que los reparos constitucionales efectuados al dec. 895/02 —ya derogado— en cuanto al límite de cuotas y recursos que previstos en él, deben ser abordados —al momento de este pronunciamiento y en el actual estado de cosas— a partir de una interpretación sistemática del dec. 690/06, como fuera indicado en el considerando precedente.

En el particular, como se dijera, la parte recurrente ha informado que incluyó a la actora en el programa del dec. 690/06 —aunque no la fecha precisa de tal incorporación— (conf. fs. 283). Ello en virtud de que la subsistencia del estado de vulnerabilidad de la accionante que diera origen al presente amparo no se encuentra controvertida (conf. fs. 268, 283 y 287). Por último, también en el marco de las audiencias celebradas ante este Estrado, el GCBA realizó diversas gestiones a fin de incorporar a la actora como beneficiaria de los planes sociales "Nuestras Familias" y "Ciudadanía Porteña" con el fin de paliar otras necesidades básicas insatisfechas.

Ahora bien, más allá de las gestiones aludidas, no surge del expediente ningún otro tipo de acción estatal, dentro del Programa previsto en el dec. 690/06, destinada a encaminar, guiar, elaborar estrategias o ponderar alternativas para orientar a la amparista en la búsqueda de una solución superadora de su situación de calle. Por este motivo, es claro que el programa, tal cual fue diseñado, no se ha agotado en relación a la señora C. G. y su grupo familiar.

Desde tal perspectiva, no parece prudente que, contando todavía la parte actora con la posibilidad de obtener la asistencia estatal prevista con el fin de encontrar la solución estable a su problema a partir de la tarea del organismo de aplicación, se evalúe prematuramente la suficiencia o insuficiencia del nuevo programa vigente.

6. Por las consideraciones expuestas, corresponde:

a) hacer lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad deducido por el GCBA y;

b) confirmar las sentencias anteriores en cuanto ordenan al GCBA que brinde una adecuada cobertura de la emergencia habitacional a la actora y su grupo familiar en el marco de los programas de emergencia habitacional, regulados actualmente por el dec. 690-GCBA/06; y

c) imponer las costas del recurso de inconstitucionalidad en el orden causado (art. 14, CCBA).

Así lo votamos.

Por ello, emitido el dictamen del Fiscal General Adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Hacer lugar parcialmente* al recurso de inconstitucionalidad deducido por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; y *confirmar* las sentencias anteriores en cuanto ordenan al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que brinde una adecuada cobertura de la emergencia habitacional a la actora y su grupo familiar en el marco de los programas de emergencia habitacional, regulados actualmente por el dec. 690-GCBA/06.

2º. *Imponer* las costas del recurso de inconstitucionalidad en el orden causado.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

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

XXXVII

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA GENERAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'PÉREZ, JOSÉ LUIS Y TABOADA, DANIEL MARCELO S/INFR. ART. 60, LEY 1472'"

RECURSO DE QUEJA. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD. MENORES DE DIECIOCHO AÑOS: Suministro de bebidas alcohólicas. Multa no ejecutable. Imposición de reglas de conducta. Garantía de la doble instancia. DERECHO CONTRAVENCIONAL: Naturaleza represiva. Primera sentencia de condena. Art. 290 del CPPBA (ley 2303).

SUMARIOS:

1. Si mediante el recurso se pretende conseguir la revisión de la primera sentencia de condena, y la dificultosa formulación y realización del derecho a someter a control judicial el primer fallo condenatorio, conforme a una organización judicial

arcaica, conservada positiva y culturalmente, corresponde conceder su apertura para debatir el alcance de la garantía del doble conforme. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

2. Cuando existe una primera condena en segunda instancia, esa decisión es susceptible de un recurso amplio conforme la CADH, el PIDCyP, la C.N. y la Constitución local, y ese recurso debería resolverse en la misma Cámara, por otros jueces que no hayan intervenido anteriormente en el proceso, solución que establece, para ciertos supuestos, el art. 290 del CPPBA, norma supletoria en el caso, según el art. 6º de la ley 12. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

3. La visión propia del derecho comparado de la garantía de la doble conformidad (o del derecho del imputado de recurrir la condena o, de acuerdo con la expresión contenida en el art. 13, inc. 3º, CCBA, la garantía de la doble instancia) excluye al que podríamos llamar "Derecho penal de menor cuantía" de la necesidad de observar esta regla. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

4. El legislador optó, en el art. 3º del CC, por extender al juzgamiento de las figuras que instituía todos los principios, derechos y garantías consagrados en la Constitución de la Nación Argentina, en los tratados de derechos humanos que forman parte de la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22) en los demás tratados ratificados por el Congreso de la Nación (art. 31 de la C.N.) y en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

5. Debe hacerse lugar al recurso de inconstitucionalidad respecto de la lesión a la garantía de la doble instancia, siendo el mecanismo procesal más adecuado para satisfacerla con el alcance que quiso darle el legislador, aquel que, a partir de la entrada en vigencia de la ley 2303, receptó en su art. 290 el nuevo CPPBA (aplicable a los procedimientos contravencionales por medio del art. 6º de la ley 12), es decir, encomendar a la Sala de la Cámara que siga en orden de turno que trate el recurso de la defensa. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

6. En la actualidad existe una previsión expresa (el art. 290, ley 2303), que, aunque está destinada esencialmente a regular el trámite procesal que debe imprimírsele a otro tipo de conductas, intenta remediar una problemática análoga a la contingencia de que una primera sentencia de condena sea dictada por los jueces de la Cámara CyF, a consecuencia directa de la actividad recursiva desplegada por los representantes del Ministerio Público Fiscal. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

7. No se ha presentado un caso constitucional con relación a la garantía de la doble instancia bajo la forma del doble conforme, pues los arts. 13.3, CCBA, 8.2.h, CADH y 14.5, PIDCyP, literal y correctamente entendidos no consagran aquella garantía para las contravenciones y las faltas administrativas, sino exclusivamente para los "delitos". *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

8. Corresponde rechazar el recurso de queja si la alusión genérica a la garantía de la doble instancia reconocida en la Constitución local (art. 13.3) no puede interpretarse como una argumentación suficiente para demostrar que ésta comprenda la exigencia de la observancia del "doble conforme" en los procesos contravencionales que tramitan ante la jurisdicción local y que, entonces, su desconocimiento provoque

un menoscabo actual y concreto a la defensa en juicio. *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás).*

Expte. nº 5480/07 - 12/3/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Defensora General Adjunta en lo Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires interpuso recurso de queja (fs. 42/50) contra el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad (fs. 37/40), que fuera articulado, a su vez, contra la resolución de la Sala I de la Cámara CyF (fs. 17/26) que había decidido "*Revocar* la sentencia recurrida [...] en cuanto absuelve a José Luis Pérez y *condenarlo* por ser autor de la contravención prevista en el art. 60 de la ley 1472 [suministrar alcohol a personas menores de dieciocho años], en su carácter de encargado del local, conducta que se llevó a cabo en su forma dolosa a la pena de un mil pesos ($ 1.000) de multa; cuyo cumplimiento se deja en suspenso; disponiendo que el nombrado cumpla durante el término de seis (6) meses las siguientes reglas de conducta: a) fijar residencia y comunicar a la Fiscalía el cambio de ésta, b) cumplir con las citaciones o requerimientos que la Fiscalía o el Juzgado le hiciere (arts. 22, inc. 2º, 25, inc. 2º, 26, 29, 45, incs. 1º y 2º, 46 y 60 de la ley 1472). *Con costas* (art. 14, LPC)" (fs. 25 vta./26).

2. En su recurso de inconstitucionalidad (fs. 27/35), la defensa presentó los siguientes agravios: *a)* violación a la garantía de "doble instancia" y/o "doble conforme" y a la garantía de defensa en juicio (arts. 18 y 33, C.N. y art. 13, inc. 3º, CCBA), pues la sentencia dictada por la Sala I de la Cámara es la primera condena, siendo imperioso entonces garantizar el acceso a una segunda instancia, lo cual se encontraría vedado en el caso en particular (fs. 32); y *b)* errónea aplicación del art. 60 de la ley 1472 al caso concreto y "vigencia de los principios de legalidad y lesividad", pues la defensa disiente con la valoración de los dichos de los testigos realizada por los jueces en la sentencia de condena y considera que no se ha logrado demostrar con la certeza necesaria que las personas menores de edad hayan consumido alcohol, por lo que considera que debe jugar a favor de su defendido el principio *in dubio pro reo* (fs. 32 vta./34 vta.).

3. La Sala I resolvió declarar inadmisible el recurso de inconstitucionalidad. Con respecto al primer agravio, entendió que dado que la sanción impuesta al señor Pérez ha sido dejada en suspenso, el agravio que sustenta la defensa no es actual, a lo que se suma que el monto de la multa es el mínimo legalmente establecido para la contravención (art. 60, ley 1472) y que las reglas de conducta que se le han impuesto no resultan limitativas a su libertad, lo que determinaría la insignificancia

de la sanción y conllevaría a la inaplicabilidad de la garantía en el caso. En cuanto al segundo agravio, la Sala I consideró que, más allá de que la defensa efectúa una mención genérica de los principios constitucionales de legalidad y lesividad —sin relacionarlos en forma alguna con el caso—, los cuestionamientos expuestos se limitan a controvertir la valoración de la prueba efectuada por la Cámara y los fundamentos de la sentencia en cuestión para el dictado de una condena, lo que no alcanza a configurar un caso constitucional que amerite el tratamiento por el TSJBA (fs. 37/40).

4. El señor Fiscal General Adjunto, en su dictamen, concluyó que se debe hacer lugar al recurso de queja, declarar admisible el recurso de inconstitucionalidad deducido y, conforme a lo dispuesto en el art. 290 del CPP de la Ciudad de Buenos Aires, se debe disponer que intervenga otra de las salas de la Cámara de Apelaciones para que atienda la revisión de la sentencia (fs. 55/57).

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. El recurso de queja presentado por la Defensora General Adjunta fue interpuesto en término y conforme las exigencias formales del art. 33 de la ley 402.

2. En cuanto al planteo relativo a la garantía de la doble instancia que el recurso de hecho defiende, considero que la queja debe ser rechazada.

La defensora no ha logrado rebatir los argumentos de la Cámara en torno a la ausencia de una cuestión constitucional en sus presentaciones, pues se limita a intentar una genérica equiparación entre el derecho contravencional local y el derecho penal —circunscripta a meras referencias de normas constitucionales nacionales y locales— que no ha fundamentado ni aun en forma mínima. En ese sentido, la Defensora General Adjunta no ha expuesto en la presentación en estudio reflexión alguna vinculada con la circunstancia de que, en el caso, se imputó al señor Pérez la comisión de una contravención (art. 60, ley 1472), y que, como consecuencia de ello, se le impuso la sanción mínima legal prevista —en especie y monto (multa de $ 1.000)—, cuyo cumplimiento, además, se dejó *en suspenso* sujeto al cumplimiento de dos "reglas de conducta" que, a pesar de lo afirmado por la recurrente, lejos están de constituir una restricción de entidad. No se explica la aseveración de la defensa en torno a que la regla de "fijar residencia y comunicar a la fiscalía el cambio de ésta" que se impusiera al señor Pérez implique que "no puede mudarse libremente de domicilio" (fs. 47). Tampoco se han expuesto argumentos que sustenten que la imposición de cumplir con las citaciones que puedan disponer la Fiscalía o el Juzgado intervinientes constituya una restricción de entidad.

Así las cosas, como lo he afirmado en reiteradas oportunidades, 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 ésta comprenda la exigencia de la observancia del "doble conforme"

en los procesos contravencionales que tramitan ante la jurisdicción local y que, entonces, su desconocimiento provoque un menoscabo actual y concreto a la defensa en juicio (conf. mis votos *in re* "Gelabert, Sergio Claudio, Spangenberg, Hugo Hernán y otros s/inf. arts. 116, 117 y 118, CC (Suipacha 845) —apelación— s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado "Gelabert, Sergio Claudio - De Beláustegui, Néstor Marcelo s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Gelabert, Sergio Claudio, Spangenberg, Hugo Hernán y otros s/inf. arts. 116, 117 y 118, CC (Suipacha 845) —apelación'", exptes. nº 5186/07 y nº 5187/07, sent. del 18/7/2007 y sus citas).

Cabe expresar asimismo que la reformulación de argumentos que la defensa pretende ahora realizar mediante la interposición del recurso de queja —al solicitar que se "ordene el reenvío de la causa a fin de que una Sala de la Cámara CyF distinta de la que intervino en la causa, revise mediante un recurso amplio la condena impuesta al señor Pérez en el presente proceso" (fs. 50)— no resulta atendible, pues la presentación directa ante este Tribunal no resulta un medio apto para modificar los términos del recurso de inconstitucionalidad que se intenta mantener.

Por lo demás, tampoco se ha realizado esfuerzo alguno por demostrar que las herramientas recursivas que la defensa tuvo a su alcance hayan resultado inapropiadas en el caso. Por el contrario, si en el recurso de inconstitucionalidad la defensa solicitó que este Tribunal revisara la condena y absolviera al señor Pérez (fs. 32 vta. y 35), pareciera que la vía del art. 27 de la ley 402 se consideró potencialmente apta para satisfacer el derecho a la "doble instancia" que, a su entender, se encontraba comprometido.

3. Dado que, a mi juicio, el agravio relativo a la vulneración de la garantía de la doble instancia no debe prosperar, correspondería ingresar al tratamiento de las demás cuestiones pretendidamente constitucionales alegadas por la defensa. Sin embargo, la queja sometida a decisión se ocupa únicamente de rebatir los argumentos por los cuales la Cámara denegó el recurso en lo que se refiere a la vulneración del "doble conforme", según explica la defensa en su escrito, "en el entendimiento de que los restantes agravios planteados oportunamente en el recurso de inconstitucionalidad deben ser abordados por otro tribunal de mérito —mediante un recurso de apelación amplio sobre la condena— antes de que el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad se pronuncie al respecto" (fs. 42 vta.). Así, al optar la defensa por referirse exclusivamente a uno de los motivos de agravio planteados en el recurso de inconstitucionalidad y omitir la crítica respecto de las razones que dio la Cámara para denegar el recurso de inconstitucionalidad en cuanto a los restantes planteos, el auto denegatorio ha quedado firme en relación a todos aquellos otros agravios que no han sido retomados en la presentación directa, circunstancia que impide que el Tribunal se pronuncie sobre ellos.

4. Por las razones expuestas, entiendo que corresponde rechazar el recurso de queja deducido por la defensa de José Luis Pérez e intimar al cumplimiento de la integración del depósito previsto en el art. 34, LPTSJ, dado que el imputado no

se encuentra dentro de los sujetos exentos por la ley de tasa judicial (nº 327), ni ha acreditado haber obtenido o iniciado un beneficio de litigar sin gastos (conf. mis votos en "Empresa de Transporte Pedro de Mendoza CISA —causa 459-CC/00— s/ recurso de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado", expte. nº 724/00, resolución del 14/2/2001, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, t. III, pp. 16 y ss.; "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional Nº 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Oniszczuk, Carlos Alberto y Márquez, Sandra Rosana s/ley 255 —apelación'", expte. nº 2266, sent. del 16/7/2003; y "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Ronchetti, Leonardo s/art. 47, CC —apelación'", expte. nº 3996/05, resolución del 14/9/2005).

Así lo voto.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. El recurso de queja deducido ante el Tribunal cumple con los requisitos que la ley establece en cuanto al lugar, el tiempo y la forma de su interposición (art. 33, ley 402).

La presentación directa rebate los fundamentos del auto denegatorio respecto del agravio vinculado a la violación del derecho al recurso, en tanto, en pocas palabras, demuestra que la discusión que propuso la defensora oficial —relativa a la necesidad de contar con un recurso amplio frente a una condena dictada por la Cámara— involucra la interpretación de normas constitucionales. Por esa razón, tal como lo hice en diversos precedentes ("Ministerio Público —Defensoría en lo Contravencional y de Faltas Nº 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Sama, Javier Fernando s/infracción art. 56, CC —apelación—'", expte. nº 3892/05, resolución del 5/8/2005; "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional Nº 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Martínez, Horacio Daniel s/art. 68, CC —apelación'", expte. nº 3988, resolución del 3/10/2005; y "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional Nº 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Moreno, Rodrigo Félix s/inf. art. 56, CC —apelación'", expte. nº 4302/05, resolución del 5/4/2006), voto por hacer lugar a la queja para que el TSJBA analice si la garantía invocada se vio comprometida durante el transcurso de este proceso contravencional.

Sin embargo, fuerza es advertir que la tesis expuesta por la señora defensora oficial en el recurso de inconstitucionalidad contiene un contrasentido: si, como ella cree, existe, contra la condena de la Cámara (primera condena), un recurso amplio ante el TSJBA, que permite plantear problemas derivados de la valoración de la prueba y de la interpretación del derecho común (infraconstitucional), agravios reales del apelante que intenta introducir por la vía de la recurribilidad de la sentencia y la arbitrariedad como motivo del recurso, entonces desaparece el agravio constitucional del *derecho al recurso*, pues éste existe y sólo se demanda su aplicación, conforme a la interpretación del recurso ante el TSJBA en estos casos que propone

la recurrente para argumentar sobre su admisibilidad. Sólo si el Tribunal rechazara el recurso por inadmisible, cabría proponer una lesión a la garantía citada.

Deseo agregar que, desde un punto de vista, si se quiere, estrictamente técnico, la defensora —luego de conocer la condena decidida por la Sala I— en lugar de interponer su recurso de inconstitucionalidad (o, al menos, junto con él, si es que la ley procesal le resultaba ambigua), debió apelar el fallo ante la propia Cámara, con el fin de que otros miembros de ese mismo tribunal reexaminaran ampliamente aquella sentencia. Si, eventualmente, los integrantes de la Sala interviniente le negaban la posibilidad de obtener el reexamen de su condena, ese auto (y no el fallo condenatorio) habría podido ser atacado por inconstitucional a través del recurso previsto en el art. 113, inc. 3º, de la Constitución local. Ésta hubiera sido la secuencia correcta, porque, según lo explicado anteriormente, se puede advertir que, en el sentido de la *doble conformidad* no existe en el recurso que esta queja defiende regla o acto alguno de autoridad atacado por ilegítimo constitucionalmente. Empero, el hecho de que, en el fondo, lo que se quiere mediante el recurso, con alguna razón, es conseguir la revisión de la primera sentencia de condena, y la dificultosa formulación y realización del derecho a someter a control judicial el primer fallo condenatorio, conforme a una organización judicial arcaica, conservada positiva y culturalmente, me inclinan, al menos por el momento, a conceder la apertura del recurso para debatir el alcance de la garantía.

2. Antes de ingresar sobre los fundamentos del recurso de inconstitucionalidad denegado advierto, además, que la defensa, en esta queja, ha variado en cierta medida su presentación anterior: mientras que, como mencioné en el punto anterior, al recurrir por inconstitucional la decisión de la Sala I que condenaba al imputado sostuvo que era el propio TSJBA el que debía revisar y revertir el fallo adverso al señor Pérez (porque, según argumentó, aquella sentencia arbitraria vulneraba los principios de legalidad y lesividad), en la queja solicita que otro tribunal de mérito examine la condena impuesta, de manera originaria, por los jueces de la Sala I de la Cámara. La solución que se prevé en la queja es idéntica a la que yo mismo indiqué en sentencias del Tribunal (conf., entre otros, "Alberganti, Christian Adrián s/art. 68, CC —apelación— s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 3910/05, sent. del 5/8/2005 y sus citas): cuando existe una primera condena en segunda instancia, esa decisión es susceptible de un recurso amplio conforme la CADH, el PIDCyP, la C.N. y la Constitución local, y ese recurso debería resolverse en la misma Cámara, por otros jueces que no hayan intervenido anteriormente en el proceso. Esta es la solución que establece, para ciertos supuestos, el art. 290 del CPPBA—norma supletoria en el caso, según el art. 6º de la ley 12— y esta es también, precisamente, la corrección que ha introducido la queja respecto del recurso de inconstitucionalidad. Esa corrección, en verdad, respeta la ley positiva que no erige al TSJBA en tribunal de mérito, sino que establece para su competencia un recurso excepcional, reducido a un agravio constitucional. No se trata, pues, de un nuevo agravio —porque él es idéntico: necesidad de contar con un recurso frente a la primera condena— sino, simplemente, de una corrección de la consecuencia a

la que se dirige el recurso según un funcionario de grado inferior en el diseño institucional del Ministerio Público de la Defensa, cuestión que es posible desde todo punto de vista (el asunto es más sencillo si se lo compara con el siguiente ejemplo: un fiscal de primera instancia apela una absolución decidida luego de celebrado el debate y, en ese escrito, requiere la modificación del fallo y la imposición de una pena ilegal; frente a ello, el fiscal de Cámara, al momento de expedirse, puede alterar válidamente la consecuencia pedida por el funcionario que recurrió y solicitar, en lugar de la pena prohibida, la aplicación de una sanción válida).

Esta variación, en consecuencia, no impide la procedencia del recurso de queja.

3. Visto el caso de esta manera, el recurrente planteó con éxito ante este Tribunal un caso constitucional a tenor de la invocada lesión de la *defensa en juicio* y del *doble conforme* (conf. art. 13, inc. 3º, CCBA, arts. 18 y 75, inc. 22, C.N. y normas pertinentes del derecho internacional de los derechos humanos) con relación a la imposibilidad por parte de su defendido de contar con una *doble conformidad judicial* con antelación a la imposición de una pena contravencional. En efecto, la defensa oficial del señor Pérez conectó, de manera seria y suficiente, las reglas constitucionales citadas con las constancias de la causa bajo estudio (conf. fs. 29 vta., 32 y 44). Por lo demás, no está en discusión que este motivo de agravio fue expuesto en tiempo oportuno y mantenido adecuadamente a lo largo de este proceso (fs. 11/14, 27/35 y 42/50 vta.).

4. Sin embargo, y adentrándome ya en el estudio de los argumentos presentados en el recurso de inconstitucionalidad, considero que el caso es similar a aquel que tramitó en los autos "Martínez", ya citado. En consecuencia, no estoy de acuerdo en que deba arribarse al mismo resultado que expresé en ciertas sentencias del Tribunal, algunas de ellas invocadas por el recurrente (conf., entre otras, mi opinión en los autos "Alberganti", ya mencionados). Tal como lo manifesté en aquellas decisiones, la visión propia del derecho comparado de la garantía de la *doble conformidad* (o del derecho del imputado de recurrir la condena o, de acuerdo con la expresión contenida en el art. 13, inc. 3º, CCBA, la garantía de la doble instancia) excluye al que podríamos llamar "Derecho penal de menor cuantía" de la necesidad de observar esta regla (véase, a título de ejemplo, Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales [1950], Protocolo ampliatorio nº 7 [1984], art. 2º, párrafo II). No obstante, el carácter privativo o limitativo de la libertad locomotiva de las penas que se decidían en aquellas sentencias me impulsó, básicamente, a conceder el recurso de inconstitucionalidad interpuesto y a otorgarle consecuencias.

Aquí se observa, en cambio, que la Sala I de la Cámara ha aplicado una multa, que la pena de multa ha sido la inferior posible en la escala ($1.000) y, por último, que esa multa no es ejecutable, al menos por el momento, porque ha sido aplicada en forma condicional (CC, art. 46). Las reglas de conducta impuestas, al mismo tiempo, no resultan asimilables a una pena, sino que constituyen una obligación menor (por

un lado, fijar residencia y, eventualmente, *comunicar* a la fiscalía cualquier cambio, y, por otra parte, cumplir con las citaciones o requerimientos que la fiscalía o el juzgado le hicieren) durante un plazo mínimo; si, eventualmente, se abusara en la aplicación de estas reglas (por caso, si se lo hiciera comparecer en la fiscalía todos los días, o se le impidiera cambiar de domicilio), ése sería un problema propio de la ejecución de la sentencia. De tal manera, por una parte, se puede decir que el caso es nimio (*insignificante*) y, por la otra, que presenciamos un límite con relación a aquello que podemos llamar *sentencia definitiva*, puesto que el mismo fallo declara que la pena no es ejecutable y sólo lo será en el futuro si sucede una condición que domina el autor. Al mismo tiempo, ello denota la inexistencia práctica del agravio necesario para posibilitar el recurso de inconstitucionalidad, o, cuando menos, su insignificancia, tal como fue expresado anteriormente.

Realmente parece desproporcionado, en un caso como éste, en el que la sanción puede redimirse por el mero transcurso del tiempo —CC, 46, III, "(...) la condena se tendrá por no pronunciada"—, exigir una doble conformidad para que ella se pueda ejecutar, posibilidad negada, al menos provisionalmente, por la misma sentencia. En todo caso, parece más racional que si se cumple la condición que permite la ejecución de esta resolución, esto es, si la sentencia deviene eventualmente definitiva, se trate el problema cuando se dicte la decisión única que abarque a una condena posterior (C.P., 58 y CC, 10) o, eventualmente, cuando el juez competente decida aplicar la pena porque el imputado incumplió alguna de las obligaciones fijadas por los miembros de la Cámara.

Ni siquiera bajo el aspecto del ingreso a un registro de contraventores —admonición que no guarda proporción con el derecho a la doble instancia— la sentencia recurrida parece *definitiva*, pues conforme al art. 50, CC, interpretación a la luz de lo previsto por el art. 46, III, CC, tal registro no es definitivo y caducará en un tiempo relativamente breve.

5. Por las razones esgrimidas en los párrafos precedentes, voto por admitir la queja y no hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad de la defensa en cuanto a la violación de la garantía de doble conforme.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. La defensa viene en queja al Tribunal únicamente con relación al planteo relativo al derecho a recurrir ante un tribunal superior todo fallo condenatorio, con características penales, que, a su entender, aseguran los arts. 10 y 13 de la CCBA, 18 y 75, inc. 22, de la C.N., 8.2.h de la CADH y 14.5 del PICDyP y el precedente "Herrera Ulloa vs. Costa Rica", de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (conf. punto 2 de los resultas). En este orden de ideas, manifiesta que "…la queja se referirá exclusivamente al agravio referido a la vulneración de la garantía del 'doble conforme' como derivación del derecho constitucional a la defensa en juicio, en el entendimiento de que los restantes agravios planteados oportunamente en el recurso de inconstitucionalidad [errónea aplicación del art. 60 de la ley 1472 al caso concreto y 'vigencia de los principios de legalidad y lesividad'] deben ser abordados

por otro tribunal de mérito —mediante un recurso de apelación amplio sobre la condena— antes de que el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad se pronuncie al respecto" (fs. 42 vta.). A tales fines, el recurrente agrega que el Tribunal deberá ordenar el reenvío de la causa a la Cámara Contravencional a fin de que una Sala distinta de la que intervino revise mediante un recurso amplio la condena impuesta a su defendido (fs. 49 y 50).

2. Asiste al recurrente, en virtud del contenido de la legislación de la Ciudad, el derecho a acceder a la revisión de una sentencia condenatoria por un tribunal distinto del que pronunció la condena, por lo que corresponde declarar mal denegado el recurso de inconstitucionalidad en este punto. Sintéticamente expuesto, conforme sostuve en las causas "Alberganti, Christian Adrián s/art. 68, CC —apelación— s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 3910/05, sentencia de este Tribunal del 5/8/2005; "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional Nº 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Martínez, Horacio Daniel s/art. 68, CC —apelación'", expte. nº 3988, sentencia de este Tribunal del 3/10/2005; y "Coultas, Juan Domingo s/inf. arts. 83 y 84, CC s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 4451/05, sentencia de este Tribunal del 6/6/2006, a las que cabe remitirse, el legislador optó, en el art. 3º del CC, por extender al juzgamiento de las figuras que instituía "…todos los principios, derechos y garantías consagrados en la Constitución de la Nación Argentina, en los tratados de derechos humanos que forman parte de la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22) en los demás tratados ratificados por el Congreso de la Nación (art. 31 de la C.N.) y en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires".

Esa fuente no queda enervada por la argumentación, por cierto relativa al fondo no a la admisibilidad, que vertió la Cámara al denegar el recurso de inconstitucionalidad en este punto, en tanto, por un lado, *i)* la ley no introduce distinción como la propuesta por el *a quo* entre supuestos en que la condena debe ser cumplida y aquellos otros en que ha sido dejada en suspenso (conf. fs. 37/40), doctrina que tampoco surge de los tratados internacionales invocados en cuanto a los supuestos de condena por delito, y por el otro, *ii)* porque asiste razón a la defensa en cuanto sostiene que la Cámara no explica de modo suficiente porqué la doctrina sentada por el doctor Maier en las causas "Martínez" y "Coultas" (ya citadas) resulta aplicable a la situación de autos, máxime cuando a diferencia de lo acaecido en esos precedentes en el *sub examine* se le han impuesto al señor Pérez reglas de conducta.

3. A su vez, en dichos precedentes, dejé sentada la regla según la cual el alcance de dicha revisión y, consecuentemente, el ámbito en que tendrá lugar (esta instancia o una de grado) está directamente relacionada con el contenido de los agravios de la defensa. Si las objeciones planteadas por la defensa involucran solamente aspectos revisables por medio del recurso de inconstitucionalidad, es éste el medio recursivo con que el legislador cumple con la garantía. Si, por el contrario, contiene cuestiones ajenas al marco cognoscitivo de dicho recurso, hay razones para que la revisión provenga de un tribunal adecuado a ese objeto (conf.

mi voto *in re* "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Moreno, Rodrigo Félix s/inf. art. 56, CC —apelación", expte. nº 4302/05, sentencia de este Tribunal del 5/4/2006).

En el *sub lite* es el recurrente quien optó, mediante el mecanismo de abandonar en la queja los planteos que formuló en el recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia de la Cámara, por que sus agravios sean tratados por un tribunal de grado.

3.1. Sentado lo que antecede, estimo que el mecanismo procesal más adecuado para satisfacer la garantía procesal de la doble instancia con el alcance que, según lo antedicho, quiso darle el legislador, es aquel que, a partir de la entrada en vigencia de la ley 2303, receptó en su art. 290 el nuevo CPPBA (aplicable a los procedimientos contravencionales por medio del art. 6º de la ley 12), es decir, encomendar a la Sala de la Cámara que siga en orden de turno que trate el recurso de la defensa.

Por ello y de conformidad con lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto, voto por: *i)* hacer lugar a la queja por haber sido mal denegado el recurso de inconstitucionalidad en lo que fue materia de agravio; *ii)* hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad con respecto a la lesión de la garantía de la doble instancia; y *iii)* reenviar la causa a la Cámara Contravencional a fin de que le imprima el procedimiento previsto en el art. 290 del CPPBA (conf. ley 2303).

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. La situación planteada en las presentes actuaciones es análoga a la resuelta en autos "Alberganti, Christian Adrián s/art. 68, CC —apelación— s/recurso de inconstitucionalidad concedido". En efecto —y tal como bien señala el señor juez Lozano en los puntos 1 y 2 de su voto a los que adhiero—, 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 la causa citada 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 inconstitucionalidad ante el Tribunal Superior de Justicia (art. 53 de la ley 12 y art. 27 de la 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".

2. Por las circunstancias de la causa que motivaron su interposición, la resolución que concede el recurso debe quedar limitada al agravio indicado preceden-

temente, 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 mencionar los considerandos 157/168 del fallo de la Corte Interamericana en el caso "Herrera Ulloa vs. Costa Rica".

En esta oportunidad debo además señalar que la solución propuesta resultó consagrada legislativamente en el art. 290 del Código Procesal Penal hoy vigente, y de aplicación supletoria en materia contravencional. Dicha norma fija entonces el criterio que sostengo, y lo hace de manera general y sin reconocer excepciones fundadas en la insignificancia o criterios similares.

3. Por lo expuesto, voto por hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso de inconstitucionalidad en cuanto a la violación de la garantía de la doble instancia, y remitir el expediente a la Cámara a fin de que la Sala que siga en orden de turno intervenga conforme a lo estipulado.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. El recurso de queja cumple los recaudos formales que se exigen en la especie, en tanto fue interpuesto contra el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad, mediante escrito fundamentado, dentro del plazo legal y ante el tribunal constitucionalmente competente para resolverlo. Más allá de que la queja presenta ciertas deficiencias de argumentación que alcanzarían para rechazarla sin más trámite, en esta oportunidad, considero conveniente habilitar esta instancia, por motivos excepcionales vinculados con la reciente entrada en vigencia del Código Procesal Penal de la Ciudad (ley 2303).

2. Brevemente, en su presentación de hecho la recurrente solicitó que se ordene un "reenvío" de estas actuaciones a la Cámara CyF a los efectos de permitir que una Sala distinta a la que intervino anteriormente, esto es, distinta de aquella otra que frente a un recurso acusatorio revocó una absolución decidida en primera instancia y emitió la primera sentencia condenatoria del imputado, revise dicha condena sobre la base de los agravios presentados "oportunamente" en el recurso de inconstitucionalidad denegado. Si bien puede sostenerse, con acierto, que la defensa intentó modificar en buena medida su pretensión inicial en cuanto al "reenvío", que no fue solicitado expresamente en su recurso anterior, pienso que la excepcionalidad del presente caso —en especial porque una solución análoga a la propuesta por el recurrente ha sido consagrada por el legislador local mediante el art. 290, ley 2303— y el potencial desconcierto que, por hipótesis, pudo surgir a partir de los distintos criterios adoptados por quienes integramos este Tribunal —principalmente al variar nuestra jurisprudencia en función de algunos matices

o, incluso, al cambiar las mayorías existentes en supuestos que presentaban cierta similitud— justifican que esa circunstancia sea soslayada. En otras palabras pienso que impedir el acceso a la instancia extraordinaria local podría constituir una concreta denegación de justicia, por un lado, porque la quejosa razonablemente pudo creerse obligada a exponer sus cuestionamientos o a formular sus peticiones de esa forma y, por el otro, porque el interesado —al impulsar esta vía de impugnación— agotó el único recurso procesal que, en ese momento, legalmente existía contra su primera resolución condenatoria (es decir, el recurso de inconstitucionalidad previsto en el art. 27, ley 402), circunstancia esta última que, a la fecha, se habría modificado notablemente.

En efecto, en función de la jurisprudencia históricamente acuñada por la CSJN para un recurso que guarda alguna congruencia con la finalidad del recurso de inconstitucionalidad local (arts. 113.3, CCBA), resulta razonable ajustar la resolución que corresponde adoptar a las circunstancias existentes al momento de pronunciar esta decisión (*Fallos*, 306:1161; 310:670; 318:625; 321:1393, entre otros). En este sentido, en la actualidad existe una previsión expresa (el art. 290, ley 2303), que, aunque está destinada esencialmente a regular el trámite procesal que debe imprimírsele a otro tipo de conductas, intenta remediar una problemática análoga a la que nos enfrenta el presente caso, esto es, la contingencia de que una primera sentencia de condena sea dictada por los jueces de la Cámara CyF, a consecuencia directa —naturalmente— de la actividad recursiva desplegada por los representantes del Ministerio Público Fiscal. Esta norma, en lo que ahora interesa, establece que, en los supuestos en los que aquella contingencia tenga lugar, la decisión condenatoria "podrá ser recurrida por la defensa dentro del tercer día, por escrito fundamentado, [directamente] ante la Sala de la Cámara que siga en orden de turno", solución que en definitiva, como vimos, no dista de la instada por la defensa. En mi opinión, esa misma solución puede adoptarse en las causas contravencionales si se efectúa una interpretación razonable y coherente, principalmente porque el propio Código Procesal que gobierna el caso autoriza su aplicación supletoria (art. 6º, ley 12, en cuanto se encuentra dentro del "…Código Procesal Penal que rige en la Ciudad…"), desde que, en realidad, esta nueva vía de impugnación contra una primera sentencia condenatoria del tribunal *a quo* no aparece restringida exclusivamente para el juzgamiento de los delitos, ni excluida expresamente para el juzgamiento de las contravenciones.

En estas condiciones entiendo que en la presente causa corresponde, en concordancia con la normativa procesal vigente, brindarle al contraventor la posibilidad de que su condena sea revisada por otro tribunal de mérito. La solución que propongo en este voto, por lo demás, deberá aplicarse también en lo sucesivo. Ello así, toda vez que considero que constituye un verdadero despropósito que el presunto contraventor, condenado por la Cámara *a quo,* interponga un (primer) recurso de inconstitucionalidad o, eventualmente, una queja contra su denegatoria, con el único objeto de que este Tribunal decida —oficiando como una especie de "secretaría general" o ejerciendo funciones de "superintendencia" que constitucionalmente no

posee— si corresponde o no disponer un "reenvío" para que una Sala diferente de la Cámara revise su condena, habilitándolo luego para que, en el supuesto hipotético de que esta otra Sala de la Cámara confirme la sentencia, deduzca un (segundo) recurso de inconstitucionalidad o, eventualmente, (otra) queja contra su denegatoria, con el objetivo, ahora, de que este Tribunal se expida sobre el acierto o error de los legítimos agravios, pretendidamente constitucionales, que el presunto contraventor, probablemente, pueda tener contra la sentencia (confirmatoria) de (su primera) condena. La situación apuntada (por cierto, de difícil reseña) resulta idónea para poner en evidencia la necesidad de adoptar una solución concluyente y definitiva que evite este dispendio jurisdiccional, pues no cabe desconocer, por un lado, que se está obligando a un presunto contraventor a transitar por una senda recursiva sinuosa y confusa que no reconoce pautas legales concretas, y, por el otro, que el trámite de una causa contravencional inevitablemente se prolonga en demasía conspirando contra la celeridad que debiera imperar en la resolución de esta clase de controversias, en particular si tenemos presente que este Tribunal cuenta con ochenta (80) días hábiles, "a partir del llamado de autos" (art. 31, ley 402) —esto es, sin computar el tiempo que insume la vista al fiscal o las diligencias de mero trámite—, para dictar sentencia. Frente a este escenario, no me queda ninguna duda de que el procedimiento que ha reglado el legislador local para un supuesto análogo (art. 290, ley 2303) constituye una vía razonable, apropiada y conveniente para las causas contravencionales.

Obiter dictum quiero dejar en claro que los peculiares motivos que me conducen a hacer lugar a la queja y a disponer el tratamiento, por un tribunal diferente, de los agravios oportunamente introducidos en el recurso que ésta defiende, de ninguna manera importan reconocer que aquí se ha presentado un caso constitucional con relación a la garantía de la *doble instancia* bajo la forma del *doble conforme*. En efecto, tengo la plena convicción —como ya lo he expresado en numerosas sentencias— que los arts. 13.3, CCBA, 8.2.h, CADH y 14.5, PIDCyP, literal y correctamente entendidos en lo que aquí nos importa, no consagran aquella garantía para las contravenciones y las faltas administrativas, sino exclusivamente para los "delitos" (*Fallos,* 323:1797). Sin embargo, como soy absolutamente consciente de que esa opinión no resulta mayoritaria en la jurisprudencia del Tribunal y que de alguna forma se debe evitar el dispendio apuntado en el párrafo anterior (para un estudio completo consultar *in re* "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Alberganti, Christian Adrián s/art. 68, CC —apelación'", expte. nº 4328/05, sent. del 15/3/2006), opino que resulta aconsejable utilizar la herramienta recursiva establecida en el nuevo ordenamiento procesal penal, aun cuando, en rigor de verdad, no asista al contraventor un derecho constitucional a ella.

3. Por las razones que dejo expuestas voto por *hacer lugar* a la queja y *reencauzar* el recurso de inconstitucionalidad, en los términos del art. 290, ley 2303, a fin de que sea analizado por una Sala distinta a la que dictó la primera sentencia condenatoria del imputado. A estos efectos, en atención a las particularidades que exhibe este caso, el recurso ("de apelación") deberá tenerse por presentado en legal tiempo y forma.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Hacer lugar* a la queja de fs. 42/50 en lo que fuera motivo de agravio.

2º. *Admitir* el recurso de inconstitucionalidad con relación al agravio vinculado con la garantía de la doble instancia.

3º. *Remitir* el expediente a la Cámara CyF a fin de que le imprima el procedimiento previsto en el art. 290 del CPPBA (ley 2.303).

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

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

En similar sentido se resolvió en la causa 5496/07 "Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'López, Héctor Jorge s/inf. art. 83, ley 1472 —apelación'" también del 12/3/2008.

XXXVIII

"SKIBA, JUAN ANDRÉS C/GCBA S/OTROS PROCESOS INCIDENTALES S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO" Y SU ACUMULADO EXPTE. Nº 5381/07 "CONSEJO DE LA MAGISTRATURA DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'SKIBA, JUAN ANDRÉS C/GCBA S/OTROS PROCESOS INCIDENTALES' EN 'SKIBA, JUAN ANDRÉS C/GCBA S/DAÑOS Y PERJUICIOS (EXCEPTO RESP. MÉDICA)'"

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD. ASESOR TUTELAR: Designación. Atribuciones del Consejo de la Magistratura. Sentencia definitiva. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE OFICIO: Exceso de jurisdicción. AUTONOMÍA DEL MINISTERIO PÚBLICO: Debido proceso. Concursos.

SUMARIOS:

1. Si bien es correcto que el juez debe verificar la personería con la que concurren al proceso quienes representan a terceros, también lo es que, por regla, en

el marco de un proceso dispositivo, él debe hacerlo a instancias de parte y no de oficio. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

2. Al decretar la vista al fiscal para que dictamine sobre la representación y la regularidad del acto de designación del asesor tutelar, el juez produjo un acto fuera de sus potestades, que resulta lesivo de la garantía de autonomía del Ministerio Público (art. 124, CCBA) y del debido proceso (arts. 10 y 13, CCBA), decisión, *ab initio*, viciada de nulidad absoluta por exceso de jurisdicción. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

3. El desistimiento fundado de la pretensión de inconstitucionalidad e invalidez de la designación, efectuado por la señora Fiscal de Cámara, quien según la ley tiene atribuciones para hacerlo en virtud de su posición jerárquica que reviste en el ámbito del Ministerio Público Fiscal, tornaba ineludible el cumplimiento por los jueces de cámara del deber de respetar la autonomía del Ministerio Público y, en consecuencia, aceptar la decisión del fiscal que, por jerarquía (art. 124, inc. 1º, CCBA), cuenta con facultades —constitucionales— para fijar la posición del oficio en el proceso y desistir de aquello pedido o actuado por el fiscal subalterno (art. 5º, LMP). *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

4. Los jueces no cuentan, dentro del ámbito de las atribuciones que les confiere la CCBA, con el poder de restablecer la legalidad en todos los casos en que ella es violentada, sino que sólo les compete restablecerla en 'casos o causas' instados por sujetos legitimados, y cuando lo hacen a pedido de funcionarios públicos, la legitimación del Estado debe ir unida a la competencia de quien obra como órgano por dicho Estado. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

5. Nuestra organización constitucional no diseña un sistema en el que todas las violaciones a la legalidad pueden ser reparadas, sino que se reparan aquéllas que producen un perjuicio a quien no debe ni quiere sufrirlo y no aquellas que repercuten en quien no tiene interés o el que ostenta no merece protección jurídica. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

6. El juez no puede controlar de oficio la validez del acto de designación del asesor tutelar sino tan sólo su existencia. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

7. Corresponde hacer lugar a los recursos de inconstitucionalidad interpuestos, desde que el juez dispuso constatar de manera oficiosa no ya la personería del asesor tutelar llamado a intervenir lo que el juez dispuso constatar de manera oficiosa, sino la validez constitucional del acto administrativo que lo había designado interinamente como tal. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

8. El control de constitucionalidad de oficio por parte de los magistrados procede en el marco de un caso, causa o controversia judicial, cuando no exista otra posibilidad de resolver adecuadamente el pleito y en tanto la repugnancia de la norma o acto cuestionado, respecto de la cláusula constitucional comprometida, resultare indudable y la incompatibilidad inconciliable. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

9. Cabe hacer lugar a los recursos de inconstitucionalidad interpuestos pues el incidente de nulidad, bajo la apariencia de comprobar un requisito procesal —la personería— e invocando facultades del juez para ordenar el proceso fue utilizado

para llevar adelante, por fuera de los carriles institucionales y judiciales aptos para ello, un debate que les era completamente ajeno e indiferente a las partes actora y demandada. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

10. De acuerdo con el mandato constitucional el Ministerio Público es un órgano del Poder Judicial con competencias exclusivas, y los jueces o fiscales no pueden cuestionar la validez del acto del Consejo de la Magistratura que designó, en forma transitoria frente a la vacancia de un cargo en el Ministerio Tutelar, a un funcionario para cubrir tareas que no admitían dilación, mediante un procedimiento *sui generis* llevado adelante por fuera de lo previsto en las normas adjetivas que rigen los procesos judiciales. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

11. El incidente de nulidad tendiente a determinar la personería del asesor tutelar no ha producido la modificación del objeto del pleito ni la violación del principio de congruencia, pues juez y fiscal cumplieron con el control de la legalidad, orientado en el caso a verificar si quien se arrogaba la representación promiscua de una de las partes satisfacía los requisitos exigidos para tal desempeño. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 5427/07 - 12/3/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Los señores Juan Andrés Skiba, en representación de su hijo menor de edad D. N. S., y Javier Andrés Skiba incoaron una demanda contra el GCBA tendiente a la reparación de los daños y perjuicios que sufrieran como consecuencia de los hechos acaecidos en el local "República de Cromañón" el 30/12/2004 (fs. 1/12). El Juez de Primera Instancia Nº 3 dio intervención al Asesor Tutelar por estar "involucrados los derechos de un menor de edad" (fs. 13). El Asesor Tutelar Nº 2, doctor Alejandro Gastón Petrucci, tomó intervención en las actuaciones en representación de D. N. S. (fs. 15).

2. Por providencia del 19/4/2006 el magistrado —tras señalar que "es un deber del tribunal establecer la personaría de los sujetos que intervienen en el proceso y mencionar la resol. 963/05 del Consejo de la Magistratura por la que fue designado el asesor tutelar que tomó intervención— dispuso "correr vista a la señora Fiscal a efectos de que dictamine respecto de la representación asumida a fs. 27 [*corresponde a fs. 15 de este incidente*] y, en particular, acerca de la regularidad del mencionado acto de designación" (fs. 16). En su dictamen del 20/4/2006, la señora Fiscal de Primera Instancia Nº 1 solicitó al *a quo* que declare "la nulidad de la resol. CM-963/05 por inconstitucionalidad" (fs. 17/22). Al proveer el planteo del Ministerio Público Fiscal, el juez señaló "que el planteo de inconstitucionalidad efectuado por la señora Fiscal importa un cuestionamiento a la representación asumida por el doctor Petrucci, y que dicho aspecto hace a la personería de una de las partes en el

proceso —pues el nombrado intervendría en el carácter de representante promiscuo respecto de la persona menor de edad que acciona—, y sin perjuicio de la facultad de quien suscribe de examinar de oficio la personería de los representados, se estima necesario sustanciar dicho planteo. A fin de no entorpecer el proceso principal, hágase saber que la cuestión será sustanciada por el trámite previsto en los arts. 158 y ss. del CCAyT. En consecuencia, fórmese incidente..." (fs. 23).

Formado el incidente, el juez dio traslado del planteo al doctor Petrucci y al Consejo de la Magistratura (fs. 24). El doctor Petrucci promovió la nulidad de la providencia que dispuso la formación del incidente ya que la cuestión planteada por la señora fiscal (la invalidez de la resol. CM-963/05) "lejos está de guardar relación con el objeto principal del pleito, que no es otro que el reclamo de una indemnización de daños...". Sostuvo, además, que el trámite incidental vulnera su derecho de defensa en juicio al impedirle plantear excepciones de previo y especial pronunciamiento, como la incompetencia del juez para tratar este asunto y la de la fiscal para proponerlo. Finalmente, contestó el traslado y solicitó que se rechace la petición (fs 26/34). El juez resolvió acumular el pedido de nulidad de la formación del incidente al incidente de inconstitucionalidad en trámite y dispuso que los decidiría en conjunto (fs. 35). El Consejo de la Magistratura interpuso recurso de apelación y nulidad contra la providencia de fs. 24 por la que el *a quo* dispuso sustanciar el planteo de la fiscal. Subsidiariamente, contestó el traslado dispuesto en dicha providencia (fs 151/159). El juez consideró inadmisible el recurso de apelación por dirigirse contra una providencia que no le causa al Consejo un gravamen irreparable (fs. 160).

3. Al fallar el incidente, el Juez de Primera Instancia resolvió: *a)* rechazar *in limine* el planteo de nulidad efectuado por el doctor Petrucci respecto del auto por el que se dispuso formar el incidente; *b)* "desestimar la personería del doctor Petrucci para actuar en representación del Ministerio Público Tutelar, en virtud de la nulidad absoluta e insanable de resol. 963/05 por inconstitucionalidad que aquí se declara; *c)* remitir, una vez firme la sentencia, las actuaciones principales al subrogante reglamentario, sin perjuicio de que el Asesor General Tutelar pueda disponer que actúe otro integrante del Ministerio Público bajo las directivas de aquél, de acuerdo con el art. 32, inc. 4º de la ley 21" (fs. 161/177).

El Consejo de la Magistratura y el doctor Alejandro Gastón Petrucci interpusieron recursos de apelación contra la sentencia (fs. 187 y 190, respectivamente), los que fueron concedidos por el juez de grado (fs. 189 y 191, respectivamente). Presentados los memoriales de agravios por el Consejo (fs. 195/202) y por el doctor Petrucci (fs. 204/214), la señora Fiscal de Primera Instancia procedió a responderlos (fs. 217/222 vta.). Tras ello se remitieron los autos al tribunal de alzada (fs. 223/224).

4. Requerido su dictamen, la señora Fiscal ante la Cámara de Apelaciones procedió a desistir de la actuación y la intervención que le cupo a la señora Fiscal de Primera Instancia, de acuerdo con las atribuciones propias conferidas por el art. 22,

inc. 1º de la ley 21 y por el art. 33 de la ley 1903. Por ello, solicitó al tribunal la revocación de la sentencia recurrida (fs. 226/234 vta.).

La Sala II de la Cámara de Apelaciones al resolver los recursos, por mayoría, no admitió el desistimiento efectuado por la señora Fiscal ante la Cámara y dispuso: "Rechazar los recursos de apelación deducidos por el Consejo de la Magistratura y el doctor Alejandro Petrucci y confirmar la sentencia apelada" (fs. 236/255).

5. Contra la sentencia dedujeron recurso de inconstitucionalidad la señora Fiscal ante la Cámara (fs. 259/267), el Consejo de la Magistratura (fs. 269/285 vta.) y el asesor tutelar cuestionado (fs. 287/297). Los agravios pueden reseñarse en los siguientes términos:

I. *De la señora Fiscal ante la Cámara de Apelaciones:*

a) la sentencia declara la nulidad de un acto administrativo fuera de un caso judicial; ello afecta el principio de legalidad, cuya defensa compete al Ministerio Público (art. 125, CCBA);

b) ella admite una intervención de la fiscal de grado que vulnera el principio de dependencia jerárquica consagrado en el art. 125 de la CCBA;

c) también la decisión desconoce las atribuciones específicas de la Fiscalía de Cámara en cuanto no acoge el desistimiento efectuado por ella de un recurso, de acuerdo con el art. 22, inc. 1º de la ley 21, lo que afecta la autonomía funcional de Ministerio Público consagrada en el art. 124 de la CCBA.

II. *Del Consejo de la Magistratura:*

a) la sentencia menoscaba las facultades atribuidas al organismo;

b) ella afecta también el derecho de defensa en juicio;

c) la decisión está viciada por la incompetencia de la señora Fiscal de Primera Instancia para introducir planteos de inconstitucionalidad;

d) y, además, reviste gravedad institucional y resulta arbitraria por la ausencia de "caso" o "causa" judicial.

III. *Del señor Asesor Tutelar de Primera Instancia:*

a) la sentencia en crisis admite la vía incidental como la correcta;

b) ella no se circunscribe al desarrollo del litigio concreto en el cual es dictada;

c) su fundamento, la necesidad de acreditar personería por su parte, resulta innecesario debido a las funciones atribuidas por la ley como representante promiscuo de los menores;

d) la decisión se expide sobre una cuestión no justiciable, puesto que el conflicto que se suscita es interorgánico, al denunciar vicios en el acto de su designación;

f) y ella es arbitraria, por cuanto los fundamentos esgrimidos resultan sólo aparentes.

También la Asesora General Tutelar dedujo recurso de inconstitucionalidad (fs. 300/305 vta.), que fue rechazado sin más trámite por el juez que despachó la presentación, "toda vez que la Asesoría General Adjunta [*sic*] no resulta ser parte en las presentes actuaciones" (fs. 306).

Por su parte, la Sala declaró parcialmente admisibles los demás recursos reseñados, salvo aquellas quejas que tenían relación con el motivo de arbitrariedad. Todos estos recursos fueron concedidos con efecto suspensivo (fs. 307/310).

6. El Consejo de la Magistratura planteó recurso de queja contra la inadmisibilidad parcial de su recurso dispuesta por la Sala II (fs. 405/417 vta.).

El juez de trámite dispuso acumular la queja al incidente con los recursos concedidos y requirió el dictamen del Fiscal General (fs. 317).

El Fiscal General Adjunto propició que se haga lugar a los recursos de inconstitucionalidad deducidos, se revoque la sentencia atacada y, sin más, se deje sin efecto todo lo actuado en este expediente (fs. 423/439 vta.).

El 17/9/2007 los autos fueron pasados al acuerdo para dictar sentencia (fs. 440).

7. En ese estado del procedimiento, el Juez de Primera Instancia comunicó al Tribunal, con fecha 28/11/2007, que se declaró incompetente para continuar interviniendo en el caso y que dispuso su remisión a la Justicia nacional en lo Contencioso Administrativo Federal (fs. 444).

Por providencia del juez de trámite se requirió al magistrado que informase al Tribunal si la decisión se encontraba firme, si ya había sido ejecutada y si se planteó un conflicto de competencia. También se le requirió que acompañase copia de la resolución de incompetencia (fs. 445/446). El juez requerido comunicó que la decisión se encontraba firme y que el expediente fue remitido el 12/12/2007 a la justicia nacional (fs. 449). Acompaño copia de la resolución y del dictamen fiscal al que remitió en sus fundamentos (447/448 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Los recursos de inconstitucionalidad planteados por la señora Fiscal ante la Cámara, el Consejo de la Magistratura y el asesor tutelar doctor Petrucci permiten abrir la vía constitucional ante el Tribunal, porque, equivocadamente o con acierto, la discusión planteada en el llamado "incidente" tiene soporte casi único, revelado por quienes deciden, quienes provocan y quienes resisten esas decisiones, en normas de origen constitucional.

Permítaseme decir desde un comienzo que la decisión que atacan los recursos trae a conocimiento del Tribunal un "incidente" judicial constituido por una secuencia de desaciertos que han desvirtuado la correcta actuación judicial y los límites de ese poder estatal, convirtiéndola, en el caso, en una cadena de actos sólo en apariencia respaldados por las normas constitucionales y legales invocadas en

sus decisiones. En efecto, el incidente de nulidad de la personería del Asesor Tutelar Nº 2, promovido por la Fiscal de Primera Instancia Nº 1 como consecuencia de la vista ordenada por el Juez de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nº 3, exhibe un menosprecio intolerable de aquello que es razonable en el ejercicio del poder de los jueces, exigible sin más en las decisiones judiciales.

El señor Fiscal General Adjunto, en su minucioso dictamen, ha señalado numerosos defectos apreciables a lo largo de este incidente. No me detendré en todos los aspectos involucrados en los recursos y en el dictamen aludido, pues creo suficiente criticar tan sólo algunos de los actos producidos y las alternativas que, de haberse valorado mesuradamente en las debidas oportunidades, habrían evitado el dispendio jurisdiccional que exhibe este —llamado— "incidente".

Al respecto y en idioma vulgar: a una demanda de reparación por daños que —se sostiene— otro provocó, para la que las partes principales son el actor y aquel que, supuestamente, provocó el daño, se le ha agregado, por impulso de variados funcionarios judiciales y como "terceros interesados", una serie increíble de actores institucionales (dos fiscales —y, en virtud de los recursos, todavía uno más—, cuatro jueces —y ahora cinco más—, dos asesores tutelares, el Consejo de la Magistratura) que discuten acerca de las normas que rigen los nombramientos de los cargos judiciales de la Ciudad, con total desprecio por el objeto del litigio y por sus protagonistas. Una demanda por daños se ha transformado en plataforma de discusión de un problema institucional, que sólo se vincula con ella de modo más que mediato, casi diría casualmente (hubiera bastado la intervención casual del otro asesor tutelar para que todo el exceso se suprimiera por sí mismo). Que la discusión es sólo institucional lo asegura el hecho de que los dos interesados principales, aquel que demandó, el actor, y aquel que fue demandado no intervienen en el "incidente" ni, por supuesto, en la discusión planteada.

2. En la providencia de fs. 16 —que dio inicio a la secuencia de actos que culminan con los recursos traídos a decisión del Tribunal— el juez expone cuatro enunciados: *a)* afirma que cuenta con atribuciones para "establecer la personería de los sujetos que intervienen en el proceso"; *b)* expresa conocer la resol. 963/05 del Consejo de la Magistratura por la que fue designado el asesor tutelar que tomó intervención en el expediente, doctor Petrucci; *c)* ordena dar vista a la fiscalía de primera instancia para que dictamine respecto de la representación asumida por el asesor tutelar que compareció al proceso; y *d)* manifiesta que, "en particular", la fiscal deberá expedirse "acerca de la regularidad del mencionado acto de designación".

3. En cuanto a la primera afirmación, si bien es correcto que el juez debe verificar la personería con la que concurren al proceso quienes representan a terceros, también lo es que, por regla, en el marco de un proceso dispositivo, como el iniciado por los señores Skiba, él debe hacerlo a instancias de parte y no de oficio. Nada indica que el control de oficio de la personería —menos aún, de modo indirecto, el mero control de la forma del nombramiento de un funcionario en el cargo— de los magistrados del Ministerio Público pueda considerarse una excepción razonable a

esta regla, ya que el deber de los jueces de preservar la adecuada conformación del proceso —invocado por el juez— no opera aisladamente y debe ser armonizada con las atribuciones y funciones de los magistrados del Ministerio Público, a quienes la Constitución garantiza cumplir su cometido con autonomía e independencia de criterio (art. 124, CCBA), y también con las atribuciones de las partes en el juicio (art. 18, C.N., art. 13, CCBA), que, en el caso particular, no fueron tan siquiera oídas en relación con la cuestión planteada.

A pesar de que parezca una digresión, y vulgar, a lo largo de la confección de este voto me ha asaltado siempre y repetidamente la pregunta acerca de ¿qué pensarán los actores sobre el problema planteado?

4. Esta indicación resulta de plena aplicación en el *sub judice*, pues el juez no dudó respecto de la existencia del acto de designación del asesor tutelar que tomó intervención. Es más, la providencia menciona la resolución del Consejo de la Magistratura que había designado al Asesor Tutelar Nº 2, doctor Petrucci. De hecho, la constatación de la personería estaba satisfecha desde la intervención del señor asesor, con el conocimiento de que el abogado Alejandro Gastón Petrucci había sido designado asesor tutelar, más allá de los defectos institucionales que pudiera tener ese nombramiento. El magistrado se consideró con atribuciones para algo distinto: juzgar los defectos institucionales que pueda presentar el acto de designación en el cargo, de oficio o a instancias de otro miembro del Ministerio Público y sin relación con la acción concreta a dirimir, planteada por los actores.

5. Es cierto que el Ministerio Público, de acuerdo con el art. 125 la CCBA tiene por funciones: "*1.* Promover la actuación de la Justicia en defensa de la legalidad de los intereses generales de la sociedad, (...) *2.* Velar por la normal prestación del servicio de justicia y procurar ante los tribunales la satisfacción del interés social", mas esas funciones no se despliegan ilimitadamente, sino de conformidad con las reglas de procedimiento que regulan cada tipo de juicio. En cuanto a la demanda por daños y perjuicios del señor Skiba, el juicio debió tramitar conforme a las normas del CCAyT, que sólo prevé la intervención del fiscal durante el desarrollo de la primera instancia, en la oportunidad prevista en el art. 273, con la finalidad de que dictamine acerca de la habilitación de la instancia. De tal forma, la vista que el juez dispuso se refería a una cuestión que no está establecida en las reglas aplicables al juicio y tampoco en la ley de Ministerio Público, a saber: que una de las ramas del Ministerio Público (la fiscal) se expida respecto de participación de otra sección del mismo ministerio (la sección tutelar). Es claro que la providencia misma que dispuso la vista carecía de base constitucional o legal y, por su finalidad, afectaba la autonomía de actuación del Ministerio Pupilar, al someter su actuación al escrutinio del Ministerio Fiscal.

6. Todo parece indicar que la trascendencia de la vista fincaba, al menos para el juez al formularla —y para la señora fiscal al contestarla—, en "la regularidad del acto de designación" del asesor tutelar. La consulta al órgano fiscal, entonces, no resulta una derivación de las atribuciones que el juez se asigna para "estable-

cer la personería", pues ella ya era de su conocimiento. La vista se dirigió a otro punto: examinar la validez del acto del Consejo de la Magistratura que produjo la designación del doctor Petrucci. Así lo señala el señor Fiscal General Adjunto: "No puede confundirse el deber de establecer la personería de los sujetos procesales, que sí pesa sobre el tribunal y que se satisface con la presentación de los respectivos instrumentos, legales, reglamentarios o convencionales, con la pretendida facultad de revisar la aptitud de tales instrumentos. Tampoco podrá invocarse desconocimiento de la existencia de la designación del señor asesor tutelar ya que la misma providencia invoca —certeramente— tanto el acto de designación cuanto los datos de su publicación" (fs. 426/7).

Aunque el juez no expresó las normas en las que fundó esa "atribución" es preciso señalar que ella no se podría apoyar en las facultades de investigación asignadas al juez por el art. 29, inc. 2º, CCAyT, pues ellas lo autorizan a verificar la verdad de los hechos del proceso, materia en la que no puede subsumirse la determinación, y al sólo efecto de este juicio, de la validez del acto de designación de un magistrado del Ministerio Público que tomó intervención para completar el ejercicio de la representación legal de un menor. Menos aún se podría justificar la decisión en las facultades con las que el juez cuenta para evitar nulidades en el proceso (art. 27, inc. 5º, b), pues ellas no admiten ser llevadas al extremo de juzgar la validez de un acto institucional, si se quiere, preprocesal, como lo fue la designación del asesor tutelar.

Es claro, entonces, que el juez al decretar la vista en cuestión (fs. 16) produjo un acto fuera de sus potestades, que resultaba lesivo de la garantía de autonomía del Ministerio Público (art. 124, CCBA) y del debido proceso (arts. 10 y 13, CCBA). La decisión judicial se encontró, *ab initio*, viciada de nulidad absoluta por exceso de jurisdicción, mejor expresado por exceso de poder. En suma, como lo señala el señor Fiscal General Adjunto: "El cuestionamiento a la representación asumida por el asesor tutelar no resulta —originariamente— del planteo de inconstitucionalidad de la señora Fiscal; antes bien cabe presumirlo del propio dispositivo del magistrado obrante a fojas 16, por el cual se corre la vista a la fiscalía".

7. El dictamen fiscal que contestó la vista continuó la secuencia de graves desaciertos. Como corolario de lo señalado en relación con la vista dispuesta del juez, debo expresar que la señora fiscal debió abstenerse de emitir opinión sobre el punto, pues no estaba dentro de sus atribuciones dictaminar respecto de la participación que había tomado el Ministerio Pupilar en un asunto en el que, al demandar un menor, no produce la menor duda acerca de que el asesor tutelar debe representarlo juntamente con su progenitor y así había ocurrido. A lo sumo, esto pudo haberle dicho al señor juez la señora fiscal.

Cualquiera que sea el alcance que corresponda asignar a las diversas normas de la ley 21 —que la señora fiscal menciona al finalizar el punto III de su dictamen para justificar la competencia del Ministerio Público Fiscal— en relación con el "examen de la resolución en cuestión desde el punto de vista de su legalidad y, más precisamente, de su constitucionalidad" (fs. 17 vta.), la opinión de la señora fiscal

respecto de la validez del acto de designación del doctor Petrucci y la postulación de la nulidad de tal designación no podían efectuarse en el juicio de daños iniciado por los señores Skiba. En su caso, tal tacha requiere la formulación de una eventual demanda que habilite un proceso autónomo, ante el tribunal competente, en el cual se cuestione el acto administrativo de designación, según lo permite la ley; no resulta posible, en cambio, inmiscuirse en un proceso "de otros" para debatir esta cuestión y conseguir, a lo sumo, un resultado particular, para el caso. También, en este punto, resulta correcto el dictamen del Fiscal General Adjunto cuando expresa: "Dicha magistrada debió abstenerse de emitir opinión que colisionara con la posibilidad de intervención de su colega del ministerio pupilar, más allá de la posibilidad de haber dejado a salvo su opinión personal respecto de la validez del acto de designación de aquél y, en todo caso, hubiera correspondido que promoviera la acción de nulidad del acto que rechaza, de haberse reunido los recaudos para tal intervención".

Dejaré de lado las objeciones que cabría efectuar al dictamen de la señora Fiscal de Primera Instancia cuando considera, indiferenciadamente, la situación de los "actos" y de las "normas" y las variadas consecuencias que extrae de esa asimilación, y aún las que merecen sus consideraciones referidas al alcance de sus propias atribuciones como órgano de una rama del Ministerio Público; en verdad, han sido las decisiones de los jueces de ambas instancias previas las que alejaron el proceso del marco constitucional y legal que debió regirlo.

8. Así, la decisión de formar un incidente frente al planteo de la señora Fiscal constituyó un nuevo desacierto del juez interviniente. El planteo de la señora Fiscal lejos estaba de poder ser considerado: *a)* una "cuestión que tuviere relación con el *objeto* principal del pleito" (art. 158, CCAyT), y *b)* que no estuviera sometida a un procedimiento especial de impugnación (art. 158, *a contrario*); condiciones ambas a las que la ley supedita la admisión de un incidente; junto, claro está, con la legitimación para promoverlo. Por una parte, el acto de designación del asesor tutelar no se vinculaba con "el objeto" del pleito, sino, antes bien, con la habilitación necesaria para obrar en juicio, en todo juicio en el que las leyes requieran la intervención del cargo. Por la otra, y como se vio, la impugnación de ese acto debía someterse al proceso judicial de impugnación del acto administrativo.

Al parecer, el Juez de Primera Instancia no tuvo en cuenta que no todo planteo de una cuestión *conexa* puede ser reputado como un incidente en sentido estricto. No cabe aplicar esta vía para tramitar y decidir una impugnación que por su trascendencia y por la proyección de la decisión sobre la validez de actos que vinculan a quienes no eran *partes* del juicio (el Consejo de la Magistratura y el señor Alejandro Gastón Petrucci, no ya como asesor tutelar, sino en los derechos que le asisten por su relación laboral con el Estado local), debió ser encausada, si correspondía, a través de un proceso independiente, sujeto a pautas normativas específicas.

9. Me he de anticipar en la secuencia de actos, para dejar señalado que todo lo señalado en el punto anterior fue dejado de lado por el *a quo* con el argumento de que "no se debate la nulificación del acto que lo designó [*al doctor Petrucci*] en

ese cargo con alcance general, sino que, como ya se anticipó, los efectos se limitan al presente proceso" (punto VII, fs. 66 vta.). Es decir, el juez razona que la validez de la designación del doctor Petrucci no podía ser juzgada por él en general aunque sí en relación con este juicio. Se trataría, entonces, de un acto cubierto por las presunciones de validez y legitimidad "en general" hasta tanto un tribunal declare lo contrario, pero nulo para este juicio. Quizás la peculiar construcción parta de la asimilación que el magistrado efectúa —en la senda que antes recorriera la señora fiscal— entre el control difuso de constitucionalidad de las leyes y el control de validez de los actos administrativos. Se trata de un razonamiento inconsistente con las disposiciones de la LPA, ley que el magistrado invocara en su sentencia para juzgar los requisitos y vicios del acto de designación, y contradictorio con la petición de la señora fiscal, quien dictaminó que "correspondería declarar la nulidad de la resolu. CM-963/05 por inconstitucionalidad, solicitud que se deja planteada en este acto" (punto IX, fs. 22). Si, como afirma el juez, él nada podía decidir en este incidente sobre la validez o invalidez "con carácter general" del acto, él debió, lisa y llanamente, rechazar la pretensión incidental y admitir los efectos propios del acto cuestionado, que no son otros que habilitar al doctor Petrucci a desempeñarse como asesor tutelar en los juicios que le fueran asignados, al menos hasta tanto su nombramiento sea revocado por la vía correspondiente.

La declaración de invalidez del acto de designación (principal) era el presupuesto para privarlo de sus efectos (secundario); la segunda cuestión no puede ser tratada sin ocurrir una decisión sobre la primera de ellas y el punto no se resuelve mediante la inversión del orden de las cuestiones. El razonamiento del juez fue inverso: si puedo controlar la personería, entonces también puedo juzgar la validez del acto de designación. Precisamente en esa inversión finca el exceso.

10. Retomo ahora, la secuencia de actos del procedimiento. Fue prudente el Asesor Tutelar Nº 2 al instar ante el magistrado la nulidad de la providencia que ordenó formar el incidente, y el Consejo de la Magistratura al intentar que la decisión fuera revisada. Sin embargo, sus reclamos no fueron atendidos, no obstante denunciar el doctor Petrucci la afectación de su derecho de defensa al impedirle plantear la incompetencia del juez para decidir esta cuestión por la vía elegida, cuestión en la que le asistía la razón, según lo expresado en el punto anterior.

El grave defecto que señalé, basta para que no pueda considerar la sentencia de primera instancia como un pronunciamiento judicial válido, pues resulta paradigmático que afecta la garantía citada respecto de alguien que sufría sus efectos.

11. Reviste singular importancia la fundada intervención de la señora Fiscal ante la Cámara, quien al dictaminar frente a los recursos de apelación planteados por el Consejo de la Magistratura y por el doctor Petrucci, en uso de las atribuciones que le brinda la Ley de Ministerio Público, desistió de la incidencia de nulidad articulada por la señora Fiscal de Primera Instancia (arts. 5º y 33, LMP). Así, tras considerar que el cuestionamiento de la resol. 963/05 "fue introducido —de oficio— por la señora fiscal, excediendo sus atribuciones" (fs. 231), expresó "desisto de continuar

esa intervención del Ministerio Público Fiscal de primera instancia" (fs. 231 vta., subrayado en el texto original) y solicitó que se haga lugar a los recursos de apelación y que se revoque el pronunciamiento de primera instancia (fs. 233 vta.).

Frente a la clara y concreta expresión de la señora Fiscal de Cámara (magistrado de mayor jerarquía) de no convalidar ni acompañar el planteo de inconstitucionalidad de la magistrada de la instancia inferior, la Sala II no estaba habilitada para adoptar una decisión que pudiera mantener lo decidido por el juez de grado en consonancia con el planteo de la señora Fiscal de Primera Instancia.

El desistimiento fundado de la pretensión de inconstitucionalidad e invalidez de la designación, efectuado por quien, según la ley, tiene atribuciones para hacerlo en virtud de su posición jerárquica que reviste en el ámbito del Ministerio Público Fiscal, tornaba ineludible el cumplimiento por los jueces de Cámara del deber de respetar la autonomía del Ministerio Público y, en consecuencia, aceptar la decisión del fiscal que, por jerarquía (art. 124, inc. 1º, CCBA), cuenta con facultades —constitucionales— para fijar la posición del oficio en el proceso y, como en el caso, desistir de aquello pedido o actuado por el fiscal subalterno (art. 5º, LMP).

La decisión de la mayoría de la Sala II (jueces Daniele y Russo) limitó las atribuciones de la señora Fiscal ante la Cámara a "fundar una apelación del fiscal de primera instancia o desistir de su recurso" (fs. 238). Sin embargo tanto la anterior LMP (art. 22, ley 21) como la actual (art. 33, ley 1903) establecen la atribución del órgano Fiscal ante la Cámara de Apelaciones de: "Continuar ante ellas la intervención que el Ministerio Público Fiscal haya tenido en las instancias anteriores, sin perjuicio de su facultad para desistirla mediante dictamen fundado". Es claro entonces, que no se trata sólo de desistir de un recurso, sino también de hacerlo frente a una "intervención" anterior, como ocurrió en este incidente. La interpretación efectuada por la mayoría de la Sala II de la Cámara, al restar eficacia al desistimiento que formulara la señora Fiscal ante la Cámara y privilegiar el criterio de actuación de la señora Fiscal ante la Primera Instancia —mediante valoraciones inconducentes para la decisión que sólo expresan la preferencia de los jueces mencionados por una u otra argumentación— afectó las pautas constitucionales que regulan la organización del Ministerio Público (arts. 124 —autonomía—, art. 125 —jerarquía—), que también los jueces deben respetar. Finalmente, la posición de la señora Fiscal de Cámara, tendente a preservar la recta tramitación de un proceso iniciado con una pretensión privada, que para nada se vincula con la incidencia promovida por el señor juez de grado y por la señora Fiscal de Primera Instancia, también fue desconocida en el pronunciamiento recurrido.

La incidencia parece expresar, tan sólo, una posición institucional particular —correcta o incorrecta, pero discutible por otros medios y procedimientos—, que, al no reparar en sus límites, llegó también a afectar al principio y exigencia constitucional de unidad de actuación de las distintas ramas del Ministerio Público (art. 125, CCBA y art. 4º, LMP).

12. Las razones expuestas por la señora Fiscal de Cámara han sido reiteradas y ampliadas por el Fiscal General Adjunto. Así, las instancias jerárquicas superiores

del Ministerio Público Fiscal consideran incorrecto y excesivo el planteo que dio inicio a este incidente y promueven que el Tribunal deje sin efecto lo actuado.

Bajo tales circunstancias, y sin que corresponda —en el caso— abrir juicio sobre la cuestión de fondo planteada por la señora Fiscal de Primera Instancia en relación con las atribuciones y competencias del Consejo de la magistratura para designar interinamente a magistrados del Ministerio Público, considero que debe darse pleno efecto al desistimiento de la intervención del Ministerio Público Fiscal en la tramitación del incidente de nulidad, efectuado por la señora Fiscal de Cámara y por el señor Fiscal General Adjunto. En consecuencia voto por hacer lugar a los recursos de inconstitucionalidad planteados por la señora Fiscal ante la Cámara, por el Consejo de la Magistratura y por el señor asesor tutelar doctor Petrucci, revocar la sentencia de Cámara, hacer lugar al desistimiento formulado por la señora Fiscal de Cámara y, en su consecuencia, dejar sin efecto el procedimiento "incidental" que es objeto de este fallo, y archivar sin más este incidente.

La forma en que se decide, torna innecesario expedirse en relación con la queja del Consejo de la Magistratura y a los demás agravios planteados en los recursos.

13. He dejado para el final, adrede, la justificación de un extremo previo a tratar el tema en esta instancia: la característica de *definitiva* de la decisión impugnada. Quienes conocen mi opinión sobre el punto (mi voto, núms. 1 y 2, en exptes. nº 3070 y 3071 "Ministerio Público —Defensoría Contravencional y de Faltas Nº 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado" en "Ruiz, Pablo Roberto o Ruiz, Félix Gastón s/infracción art. 189 bis, C.P." y los allí citados, entre otros) sabrán lo difícil que resulta para mí justificar el extremo. Pero estoy dispuesto a apartarme —al menos formalmente— de una opinión muy estructurada, por dos motivos principales: en primer lugar, ya tramitó todo el llamado "incidente" sin que nadie objetara la competencia recursiva del Tribunal Superior de Justicia, incluso aquellos cuya decisión fue impugnada, y en ese estado parecería un exceso de mi parte dejar para el final del litigio real, entre actor y demandado, un problema casi absurdo que puede afectar su resultado; en segundo lugar, el uso de ciertas palabras, como aquí "incidente", para justificar la intromisión en un litigio privado, incluso sin dar intervención a los protagonistas del litigio, no deja de tener mero sentido semántico y oculta un problema que ha sido resuelto, de manera absurda, en forma definitiva, el apartamiento, de raíz institucional, de un funcionario por la crítica del acto de su nombramiento, sin respetar los procedimientos hábiles para ello, ni la voluntad de los protagonistas de un procedimiento judicial concreto. A la par de ello aparece el exceso en el ejercicio de la jurisdicción, que no ha reparado en vulnerar principios básicos de la acción judicial.

No quiero ocultar, con ello, la dificultad de concebir a la decisión que reemplaza a un funcionario de la asesoría tutelar por otro que cumpla la misma función como la *sentencia definitiva* impuesta como exigencia para la procedencia del recurso de inconstitucionalidad (ley local 402, art. 27). Al menos resulta claro que no existe expresión alguna de agravio por parte del perjudicado ideal, el tutelado, a quien, quizás no le interese mayormente que defienda su interés uno u otro funcionario.

En estos casos —por ejemplo, en una recusación—, regularmente he negado la existencia de una sentencia definitiva; con más razón en éste, en el cual ni siquiera existe algo similar a la expresión del interesado sobre la modificación. Por lo demás, la modificación se operará en el caso, si todavía es necesaria la asistencia tutelar, si se confirma la competencia de una jurisdicción judicial distinta que, por supuesto, está ocupada por otros funcionarios. Pero, sin embargo, observo en el caso actual tal cantidad de desaciertos que me provocan la necesidad de una excepción a la regla que he sostenido siempre y, probablemente, seguiré sosteniendo, actitud frente al caso que fundo inmediatamente antes. Esos desaciertos van desde haber mezclado un problema institucional con un litigio privado, pasan por desentenderse de la opinión y voluntad de los protagonistas del conflicto, y desembocan en un exceso en el ejercicio del poder que la ley y la Constitución otorgan a los jueces, exceso tan claro que superó el límite del desistimiento y de la renuncia al procedimiento de aquel funcionario al que los mismos jueces le concedieron inicialmente el poder de impulso de la cuestión como justiciable.

14. Se sabe ahora, por un requerimiento de información dirigido al Juez de Primera Instancia de la causa, que dispuse para mejor proveer en mi carácter de juez de trámite, que él se ha declarado incompetente, a favor de la justicia federal, que su resolución o bien no fue recurrida, o bien quedó firme de otra manera, y que ella fue cumplida por remisión del legajo al juez federal. Parecería ser, entonces, que no vale la pena dictar este fallo, pues el cambio de jurisdicción estatal torna inútil aquello que fue decidido respecto del problema institucional. Sin embargo, insistiré en su contenido, porque, por una parte, conozco la repetición de cuestiones institucionales similares, sin relación alguna con el objeto del litigio, en pleitos pendientes, esto es, la existencia en el Tribunal de cuestiones similares en varias causas pendientes, y está de más que mencione otra vez la importancia del desvío del poder público; y, por la otra, todavía es posible, respecto del "incidente" que decido, el regreso del caso a nuestra jurisdicción local, no bien se plantee una cuestión de competencia entre jueces, algo sobre lo cual la información del señor Juez de Primera Instancia no se expide. Por lo demás, el recurso que se resuelve no ha sido desistido por ninguno de los recurrentes y, más allá de su instrumentación formal, implica la anulación de actos cumplidos por una autoridad, a través de una vía impertinente. Cuando más, se nos podrá imputar que gastamos nuestro tiempo sin necesidad.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. La decisión de "[d]esestimar la personería del doctor Petrucci para actuar en representación del Ministerio Público Tutelar, en virtud de la nulidad absoluta e insanable de la resol. 963/2005 por inconstitucionalidad", en las condiciones en que viene emitida, tiene un impacto sobre la atención dispuesta por la ley en protección de los menores de edad, la independencia del Ministerio Público Pupilar y las atribuciones del Consejo de la Magistratura cuya gravedad conduce a que deba ser equiparada a una definitiva.

Sin embargo, a fs. 449 el titular del Juzgado CAyT Nº 5 informó que la resolución por la que se declaró incompetente para seguir interviniendo en autos se encuentra firme y que el expediente principal fue remitido a la Justicia Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal. A esta altura de la evolución de la causa, la decisión requerida se ha tornado abstracta, puesto que el pleito ha dejado de ser competencia de la justicia de nuestra Ciudad. Ello no lleva a rechazar los recursos sino necesariamente a dejar sin efecto la decisión apelada. De lo contrario, la pérdida de actualidad de la pretensión se convertiría en causa de que no pudiera ser revisada la solución cuando en realidad ella no debe ser emitida. Por tanto, corresponde hacer lugar a los recursos interpuestos, revocar el pronunciamiento transcripto, dejar sin efecto todo lo actuado en las piezas procesales en cuestión y ordenar su archivo (*Fallos,* 247:466; 253:346; 257:227; 307:2061; 325:2888 y art. 31 de la LPT).

2. De todos modos, la solución no habría variado en caso de considerarse que por su posible reiteración el asunto conservaría actualidad. Conviene exponer los motivos que abonan la conclusión indicada pues, por los argumentos que el juez Maier indica en su voto, que comparto y hago propios, ello resulta de considerable utilidad.

3. Conviene reseñar, primeramente, el derrotero seguido por estas actuaciones. En el marco de un pleito por daños y perjuicios seguido contra el GCBA, el Juez de Primera Instancia Nº 3 dio intervención al asesor tutelar por estar "involucrados los derechos de un menor de edad". El magistrado —tras señalar que "es un deber del tribunal establecer la personaría de los sujetos que intervienen en el proceso y mencionar la resol. CM-963/05 por la que fue designado el asesor tutelar que tomó intervención— dispuso correr vista a la señora Fiscal a efectos de que dictamine respecto de la representación asumida y, en particular, acerca de la regularidad del mencionado acto de designación. En su dictamen, la señora Fiscal de Primera Instancia Nº 1 solicitó al *a quo* que declare "la nulidad de la resolución CM-963/05 por inconstitucionalidad". A fin de no entorpecer el proceso principal, el juez ordenó sustanciar la cuestión como un incidente. En ese marco, a partir de los traslados que dispuso el magistrado, tomaron intervención el doctor Petrucci y el Consejo de la Magistratura. A su turno, el juez resolvió rechazar *in limine* el planteo de nulidad efectuado por el doctor Petrucci respecto del auto por el que se dispuso formar el incidente y desestimar la personería del doctor Petrucci para actuar en representación del Ministerio Público Tutelar, en virtud de la nulidad absoluta e insanable de resol. 963/05 por inconstitucionalidad que allí declaró. Tanto el Consejo de la Magistratura como el doctor Alejandro Gastón Petrucci interpusieron recursos de apelación contra la sentencia. Cumplidos los trámites de rigor, la señora Fiscal ante la Cámara de Apelaciones en su dictamen desistió de mantener la actuación y la intervención asumida por la señora Fiscal de Primera Instancia. Por su parte, la Sala II de la Cámara de Apelaciones al resolver los recursos, por mayoría, dispuso rechazar las apelaciones deducidas por el Consejo de la Magistratura y el doctor Alejandro Petrucci y confirmar la sentencia apelada. Contra ese pronunciamiento

dedujeron recurso de inconstitucionalidad la señora Fiscal ante la Cámara, el Consejo de la Magistratura y el Asesor Tutelar cuestionado, que fueron parcialmente concedidos por el *a quo*. El Consejo de la Magistratura, además, vino en queja por la inadmisibilidad parcial de su recurso dispuesta a fs. 405/417 vta.

4. Los jueces no cuentan, dentro del ámbito de las atribuciones que les confiere la CCBA, con el poder de restablecer la legalidad en todos los casos en que ella es violentada. Sólo les compete restablecerla en "casos o causas" instados por sujetos legitimados, y cuando lo hacen a pedido de funcionarios públicos, la legitimación del Estado debe ir unida a la competencia de quien obra como órgano por dicho Estado. Para ilustrar el punto basta analizar las paradojas que generaría la ausencia de los límites apuntados. La imposibilidad de acordar legitimación extendida, por ejemplo, a todas las personas de buena voluntad para cobrar alquileres impagos, aun cuando el locador tenga efectivamente derecho a ello y muestre inactividad y hasta indolencia, deriva de las limitaciones que proyectan el derecho de propiedad y de defensa en juicio. Una legitimación expandida llevaría a que el locador viera recortada la disponibilidad de su derecho que indudablemente encuadra en lo que la Constitución protege como propiedad. A su vez, pondría en peligro su defensa en juicio, a menos que no se acordase el carácter de cosa juzgada a la sentencia resultante o se la circunscribiese a las partes del litigio, de tal modo que no tuviese, en verdad, el menor efecto. En este último supuesto, la defensa afectada sería la del locatario, obligado a litigar con cuanta persona mostrase voluntad de obrar en beneficio del locador. Supuestos marginales son el del art. 1196 y, en cierta medida, la gestión de negocios, institutos ambos rodeados de recaudos que tienden a evitar afectaciones como las mencionadas. En cuanto a los efectos de una legitimación de funcionarios públicos desligada de sus competencias, piénsese en una ley que atribuyese a un ministro la facultad de instar ante una cámara, en un litigio en el que el Estado no es parte, la nulidad de una sentencia de primera instancia dictada por un juez cuya designación estuviere viciada o en el supuesto de que debiese ser removido, pero el Consejo de la Magistratura no hubiese obrado en tiempo oportuno. El hecho de que el restablecimiento de la legalidad en uno y otro caso sean deseables no mejora las posibilidades de que el juez las aborde sin observar la exigencia de expedirse en un caso planteado a instancia de parte legitimada.

Por otra parte, no es normal que el Estado, a través de uno de sus órganos, proceda a requerir al juez que se invalide o desconozca uno de sus actos. Como principio, la depuración debe provenir del mismo poder del Estado en que el acto írrito tiene origen. Excepcionalmente, sin embargo, debe ocurrir ante los estrados de la justicia. Así en el supuesto en que la revocación importa la afectación de derechos de particulares que tienen como fuente el acto que se estima viciado. También cuando existe algún órgano instituido para obtener tutela a la legalidad. Es el caso del *ombudsman*. Uno y otro están previstos, absoluta o preponderantemente, en beneficio de intereses distintos al del Estado, el del individuo o el de la sociedad como suma de individuos. En ambos supuestos, no cualquier órgano estatal sino aquel competente a ese fin puede desencadenar la actuación judicial. Admitir que

un órgano incompetente promueva el desconocimiento o invalidación de un acto estatal conlleva un exceso en la actuación judicial.

5. Un ordenamiento jurídico como el que hemos conformado no aspira a evitar a cualquier precio o por cualquier medio todo apartamiento de la juridicidad; sí, en cambio, busca establecer mecanismos de reparación que pueden ser instados por quienes mejores títulos ostenten a esos fines, y admite, además, la condonación de ciertos defectos o la elección de la oportunidad para desencadenar los mecanismos reparadores, según la condición de aquel al que legitima. En otras palabras, nuestra organización constitucional no diseña un sistema en el que todas las violaciones a la legalidad pueden ser reparadas, sino que se reparan aquellas que producen un perjuicio a quien no debe ni quiere sufrirlo y no aquellas que repercuten en quien no tiene interés o el que ostenta no merece protección jurídica.

6. En este orden de ideas, los representantes del Ministerio Público Fiscal carecen de competencia, tanto para controlar por sí al Asesor Pupilar, como para requerir tal control del juez.

Dejando de lado, a los fines que nos ocupan, cuál es el alcance de la función de "Promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad" (art. 17, inc. 2º de la ley 1903 reglamentario del art. 125, inc. 1º de la CCBA), no puede ser ignorada aquella otra del art. 17, esta vez, inc. 7º de la ley 1903, que impone "Defender la jurisdicción y competencia de los tribunales, asegurar la normal prestación de la función judicial y velar por el efectivo cumplimiento del debido proceso legal". Esta función conllevaba, aun cuando se hubiera tenido la más plena convicción de que estaba dentro de sus propias facultades formular un pedido de separación del doctor Petrucci, el deber de exponer y exigir en el debate judicial que el juez no excediese el ámbito que para su función dispone la CCBA. Ello le imponía velar por que la anulación del acto administrativo que requería no fuera dispuesta en condiciones que violaran los recaudos que, para respetar la división de poderes, rodean la revocación de una designación como ejercicio de facultades administrativas propias del órgano emisor. Pero, más allá de esto, la asunción misma de la hipótesis de que compete al Ministerio Fiscal el control de los actos de su par el Ministerio Público Pupilar o los del Consejo de la Magistratura supone un apartamiento del diseño que la CCBA dio al Ministerio Público. No constituye una buena práctica de organización poner dos órganos a despachar un mismo asunto o uno a desarticular las acciones de otro con la sola excepción de que ejerza control sobre éste. Por lo mismo, constituye una buena práctica interpretativa de una constitución aquella que no emplea textos que contienen conceptos muy generales para derivar superposición de competencia o sujeciones de un órgano a otro. Aplicado ello al caso que nos ocupa, corresponde desechar una interpretación de la ley 1903 o del inc. 1º del art. 125 de la CCBA que pone al Ministerio Público Pupilar bajo la tutela del Ministerio Público Fiscal. Especialmente, cuando ello desconoce la idea de que el obrar de dicho ministerio, en cualquiera de sus ramas, está dotado de "autonomía funcional y autarquía dentro del Poder Judicial" y que

"Está a cargo de un o una Fiscal General, un Defensor o Defensora General y un Asesor o Asesora General de Incapaces", textos que suponen naturalmente que cada rama del Ministerio Público goza en sí de autonomía funcional y autarquía. El accionar de la señora Fiscal de Primera Instancia persiguió enervar los efectos de un acto del Asesor Tutelar General del que deriva la intervención del doctor Petrucci. A su turno, persiguió también que quedara privada de efectos la resol. 963/05 del Consejo de la Magistratura, órgano sobre el cual, reitero, no es posible asignar al Ministerio Público Fiscal competencia alguna de control.

Por lo demás, en línea con ello, el desistimiento de la pretensión fundadamente formulado por la señora Fiscal de Cámara en ejercicio de sus competencias, fue precisamente el modo que escogió ese Ministerio Público para reposicionarse en el marco de sus atribuciones.

7. Tampoco puede el juez controlar de oficio la validez del acto de designación sino tan sólo su existencia. Una vez que encuentra un acto de poder público, su capacidad de control queda inhibida. Es que las potestades para corroborar la existencia del acto le imponen un singular deber de cuidado, para no convertir la tarea de establecer si el acto ha sido emitido, en la potestad de ingresar al examen de su validez (v. punto 3 de este voto).

8. El Asesor Tutelar doctor Petrucci tomó intervención en la causa principal como consecuencia del obrar del Asesor General Tutelar, responsable máximo de ejercer la representación promiscua del incapaz y podría haber sido apartado por éste, si lo hubiera estimado oportuno o, más aún, debido. La facultad para actuar en tal sentido está prevista en la ley para supuestos en que el concurso no ha sido llevado a cabo y el servicio requiere la incorporación de un agente (art. 17 bis, ley 21 y art. 16, ley 1903). A partir de estos antecedentes, que han sido verificados por los jueces de mérito, el acto, aun cuando fuere irregular, no puede ser desconocido de oficio por el juez, ni controlado por él, a instancia del Ministerio Público. Para eliminarlo, es menester, según sea el caso, una decisión del órgano que lo emitió, ya que no existe uno con facultades de revisar sus actos, o una decisión judicial, pronunciamiento que debe ser instado por parte legitimada y precedido de un debate adecuado.

9. No es irrelevante reparar en que el tiempo y los recursos insumidos por una incidencia que ya agrupa dos cuerpos, más de 400 fojas y veinte meses de tramitación constituye una aplicación de recursos ajena al interés del menor que integra el pleito principal. En todo caso, por la relevancia institucional que estimaron en juego, los interesados cualquiera fuera su investidura, habrían podido considerar la hipótesis de plantear la discusión en los foros pertinentes. En este sentido, comparto las consideraciones que al respecto formula mi colega, juez Julio B. J. Maier, en su voto.

Sin embargo, aunque por los defectos apuntados en los puntos anteriores, el conflicto analizado no podría haber encontrado respuesta en actuaciones de esta especie, su desarrollo evidencia el grado de complejidad del asunto y quienes fijaron

sus posturas ciertamente han puesto de relieve algunas de las diversas y delicadas aristas que presenta.

En consecuencia, las razones dadas, las que en sentido concordante formula el doctor Maier en su voto y el señor Fiscal General Adjunto en su dictamen, son suficientes para hacer lugar a los recursos interpuestos, revocar el pronunciamiento de fs. 161/177, dejar sin efecto todo lo actuado en las piezas procesales en cuestión y ordenar su archivo (*Fallos,* 247:466; 253:346; 257:227; 307:2061; 325:2888 y art. 31 de la LPT).

El juez José O. Casás dijo:

1. El proceso incidental tramitado ante el fuero contencioso administrativo y tributario local —recibido en el Tribunal con motivo de la concesión parcial de los recursos de inconstitucionalidad deducidos por la señora Fiscal ante la Cámara, el Consejo de la Magistratura local y el señor Asesor Tutelar doctor Alejandro Petrucci— fue iniciado de oficio por el juez de grado, en apariencia, para "establecer la personería" del asesor tutelar llamado a intervenir en el proceso principal del cual participa un menor de edad. Tal proceder, según el juez, permitiría determinar si el nombrado asesor podía asumir la representación del Ministerio Público Tutelar en esa causa.

Sobre la base del dictamen producido por la señora Fiscal de Primera Instancia, el magistrado decidió "desestimar la personería del doctor Petrucci para actuar en representación del Ministerio Público Tutelar, en virtud de la nulidad absoluta e insanable de la resol. 963/2005 por inconstitucionalidad que aquí se declara" (conf. fs. 176 vta. —el destacado ha sido añadido).

Esta decisión fue impugnada por el Asesor Tutelar Petrucci y por el órgano que lo había designado interinamente —Consejo de la Magistratura local.

A continuación, la señora Fiscal que actúa ante la Cámara desistió de la actuación y la intervención que le cupo a la señora Fiscal de Primera Instancia, en virtud de atribuciones que le confiere la ley orgánica del Ministerio Público.

La sentencia dictada por la Sala II de la Cámara CAyT no admitió el desistimiento formulado por la señora Fiscal de Cámara y confirmó la decisión apelada.

Contra esa sentencia de la Sala II recurrieron el doctor Petrucci, el Consejo de la Magistratura y la señora Fiscal que actúa ante la Cámara. También se sumó a la vía recursiva la Asesoría General Tutelar, pero la Cámara rechazó su recurso sin más trámite.

2. Como se advierte del relato que antecede no ha existido intervención alguna en este incidente de la partes (actora y demandada) que protagonizan la causa principal sobre daños y perjuicios, circunstancia que ha generado una atmósfera peculiar en el proceso —que se desvía del objeto específico del juicio—, a partir de la intervención sucesiva de fiscales, asesores, jueces y del Consejo de la Magistratura para expresar, cada cual a su turno, su opinión sobre lo que corresponde decidir en punto a la presentación del doctor Petrucci en el expediente.

No obstante lo expuesto, estimo que los recursos deducidos por la señora Fiscal de Cámara, el Consejo de la Magistratura y el doctor Petrucci para lograr la intervención de este Estrado resultan procedentes, al involucrar una cuestión constitucional por encontrarse en juego la interpretación de los arts. 106 y 125 de la CCBA y cuestionar una sentencia que pone fin al debate sobre el punto y produce efectos en la esfera de cada uno de los recurrentes que estimo no resultan susceptibles de reparación posterior.

3. En primer término, cabe destacar que, en realidad, no era la *personería* del asesor tutelar llamado a intervenir lo que el juez dispuso constatar de manera oficiosa, sino la *validez constitucional del acto administrativo* que lo había designado interinamente como tal.

Desde esta perspectiva, el alcance de la revisión desplegada por el magistrado de la causa —tal como lo afirman mis colegas, doctores Julio B. J. Maier y Luis F. Lozano, en sus votos respectivos—, rebasó largamente las atribuciones ordenatorias del proceso que la ley adjetiva le confiere, pues no existe ninguna norma jurídica vigente que le permita indagar de oficio acerca de la validez del título que ostenta un integrante del Ministerio Público que interviene en una causa que tramita ante su juzgado como representante promiscuo de un menor de edad —según atribuciones legales conferidas por el Estado local— (v. al respecto punto V del dictamen del señor Fiscal General Adjunto, obrante a fs. 423/439 vta., cuyos términos comparto).

4. Por otra parte, deseo destacar que si bien la decisión objetada intentó respaldarse en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que admite bajo determinadas circunstancias el control de constitucionalidad de oficio por parte de los magistrados, en el caso, se ha pasado por alto que la apuntada doctrina jurisprudencial prevé que tal actuación procede en el marco de un *caso, causa o controversia judicial, cuando no exista otra posibilidad de resolver adecuadamente el pleito y en tanto la repugnancia de la norma o acto cuestionado, respecto de la cláusula constitucional comprometida, resultare indudable y la incompatibilidad inconciliable* (*Fallos,* 324:3219 y 327:3117).

Sentado lo expuesto, tampoco es posible afirmar razonablemente que la formación del incidente se encontrara justificada, pues la valoración de la validez constitucional del acto de designación del asesor tutelar interino que se disponía a intervenir en el juicio no se vinculaba —siquiera tangencialmente— con algún punto de debate propuesto por alguna de las partes legitimadas que tuviera relación con el objeto principal del pleito (v. asimismo art. 158, CCAyT relativo a la formación de incidentes).

5. Por las consideraciones que anteceden y las expresadas en sentido concordante por mis colegas, doctores Julio B. J. Maier y Luis F. Lozano, sin que corresponda abrir juicio sobre la cuestión de fondo ventilada en la artificiosa incidencia generada por un proceder discrecional e infundado en derecho —posibilidad de la designación transitoria del asesor tutelar Petrucci por parte del Consejo de la Magis-

tratura de la Ciudad—, se debe revocar la sentencia recurrida, dejar sin efecto todo lo actuado en la presente pieza procesal y ordenar su archivo sin más trámite.

Corresponde aclarar, por último, que no es susceptible de incidir en esta decisión el hecho de que el expediente principal haya pasado a tramitar en extraña jurisdicción de modo sobreviniente al dictado de la sentencia recurrida y haya cesado la intervención del asesor tutelar de la Ciudad que desencadenó la resolución judicial objetada ante este Estrado. Lo cierto es que si hoy el doctor Petrucci ya no interviene en la causa principal, ello no puede ni debe atribuirse a ningún tipo de efecto proveniente de este proceso, viciado desde su génesis.

Así lo voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

I. Se trata el presente de un incidente generado en el marco de una acción de daños y perjuicios, cuya promoción fue instada de oficio con el objeto de "establecer la regularidad" (fs.16) de la designación del Asesor Tutelar que había tomado intervención en la causa en cumplimiento de la función representativa y de control que le compete por tratarse el actor de una persona menor de edad.

De acuerdo con lo que surge de las constancias de la causa (informe del Juez de Primera Instancia obrante a fs. 449), en los autos principales ha sido declarada la incompetencia de la justicia local para continuar entendiendo en el proceso y esta resolución se encuentra firme, habiéndose remitido el expediente a la justicia en lo Contencioso Administrativo Federal.

Si bien esta circunstancia conduciría, normalmente, a que la cuestión accesoria planteada en este incidente fuera declarada abstracta, subsiste interés en obtener un pronunciamiento del máximo órgano judicial local acerca de la validez de lo actuado por esta vía. Ello por cuanto los agravios de los recurrentes revisten interés institucional suficiente y la entidad de los planteos recursivos impide considerar inoficiosa la resolución de este Tribunal.

II. El voto del juez de trámite, doctor Julio Maier, y los de mis colegas doctores Luis F. Lozano y José O. Casás, son elocuentes acerca de lo acontecido en este incidente y abordan con suficiencia las cuestiones sometidas a consideración en esta instancia. Es poco lo que puedo agregar al respecto, sin perjuicio de lo cual expondré a continuación algunas consideraciones que me merece el inicio y trámite de este incidente por parte de magistrados y funcionarios judiciales que, como ha quedado establecido, han extralimitado sus funciones y actuado por fuera de lo impuesto por las leyes.

III. Debo señalar, en primer lugar que la cuestión relativa a la personería del doctor Petrucci y su consiguiente legitimación para intervenir, como asesor tutelar, en el proceso principal, no encontró vinculación, en ningún momento, con una razón *personal*, es decir relativa a la persona del asesor involucrado, ni a sus condiciones o calidades. Tampoco fue alegado, ni en la resolución que motivó el dictamen de la Fiscal de Primera Instancia ni en otra oportunidad, la *necesidad,* a los

fines de la tramitación del proceso de daños y perjuicios, de dilucidar la validez de la designación de Petrucci. Ello comprueba, ciertamente, que la cuestión generada por el juez interviniente y secundada por la Fiscal de Primera Instancia, resultaba completamente ajena a los autos que se tramitaban y en los cuales se comenzaban a generar innumerable cantidad de escritos con peticiones, dictámenes, sentencias, recursos, que culminaron con dos cuerpos de actuaciones judiciales incidentales.

A los fines del proceso, no cabe duda de que la participación del asesor Petrucci se encontraba suficientemente respaldada por un acto del Consejo de la Magistratura, la resol. 963/2005. En efecto, este acto administrativo de designación emplazó al mencionado funcionario en su carácter de Asesor Tutelar y con ello quedaba habilitado a intervenir en todo proceso que le fuera asignado.

Descartadas entonces estas posibilidades, y sin advertirse cuál otra relevancia pudiera tener la investigación sobre la legalidad de la designación del doctor Petrucci para el juicio concreto de daños, solo cabe inferir que, en verdad, el trámite incidental desarrollado bajo directiva del juez interviniente tenía otro objeto —general y no relacionado con la causa—, consistente en cuestionar la validez constitucional de las subrogancias judiciales.

Así, el incidente, bajo la apariencia de comprobar un requisito procesal —la personería— e invocando facultades del juez *para ordenar el proceso* fue utilizado para llevar adelante, por fuera de los carriles institucionales y judiciales aptos para ello, un debate que les era completamente ajeno e indiferente a las partes actora y demandada. En suma, esta ficción de incidencia ha evidenciado una actitud inadmisible de un grupo de magistrados y funcionarios que —utilizando una forma procesal prevista en las normas de procedimiento y bajo el tópico de velar por los intereses de la sociedad— pretendieron imponer su propio criterio con relación al modo de suplir la vacancia de los cargos judiciales, avasallando por este medio facultades de otros órganos constitucionales y abusando de su poder para ello. Esta mecánica de acción no resulta tolerable en quienes son designados para desempeñarse como jueces o funcionarios de este Poder Judicial.

Este comportamiento, además y fundamentalmente, desvirtúa el correcto servicio de justicia que se le debe brindar a los justiciables, algo que lamentablemente no fue advertido, en su entidad, por la Cámara, que ignoró el desistimiento formulado en un dictamen contundente por la Fiscal de segunda instancia —pese a que el art. 125, CCBA y la ley 1903, inc. 5º, imponen, como criterio rector, la sujeción de la actuación de los funcionarios del Ministerio Público a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica— y siguió adelante con el trámite incidental, cuando era notoria la falta de conexión con las actuaciones principales y su falta de aptitud como vía procesal para cuestionar la validez de un régimen general. Así, la Cámara tampoco estuvo a la altura de lo que cabe esperar del órgano jurisdiccional de mayor jerarquía, al constituir también su pronunciamiento un apartamiento manifiesto de las leyes aplicables.

IV. De acuerdo con el mandato constitucional el Ministerio Público es un órgano del Poder Judicial con competencias exclusivas. Se encuentra conformado

por tres ramas — la Fiscal, la Tutelar y la de Defensa— en un pie de igualdad y sin relación de subordinación entre ellas de acuerdo con los principios de "autonomía funcional" (art. 124, CCBA) e "independencia entre sí" (ley 1903, art. 6º).

En este contexto, no resulta posible que jueces o fiscales cuestionaran la validez del acto del Consejo de la Magistratura que designó, en forma transitoria frente a la vacancia de un cargo en el Ministerio Tutelar, a un funcionario para cubrir tareas que no admitían dilación, mediante un procedimiento "sui generis" llevado adelante por fuera de lo previsto en las normas adjetivas que rigen los procesos judiciales. En efecto, el régimen procesal que regula la tramitación de las causas en el ámbito judicial resulta ser, para los ciudadanos, una garantía de la instrumentación del debido proceso legal y, por ello, no puede ser alterado, modificado o soslayado a voluntad de quienes tienen el deber de aplicarlo.

Por el contrario, la posibilidad de revisar judicialmente los actos de los distintos órganos o poderes que conforman el diseño institucional de la Ciudad encuentra su canalización a través de procesos específicos cuya viabilidad los interesados deberán explorar. De todas formas, no cabe duda de que, cualquiera sea el cauce, deberá tratarse de un proceso autónomo.

V. Corresponde señalar que lo aquí expresado se circunscribe a la actuación procesal llevada adelante por la vía incidental y no implica pronunciamiento sobre la decisión del Consejo de la Magistratura para designar funcionarios, en forma transitoria, con el objeto de cubrir cargos vacantes en el Ministerio Público.

Por lo expuesto, de acuerdo con lo manifestado por el señor Fiscal General Adjunto en su fundado dictamen, por compartir los fundamentos expresados por el juez de trámite en su pronunciamiento, así como las consideraciones expuestas por los jueces Lozano y Casás, voto por hacer lugar a los recursos interpuestos, revocar la sentencia de Cámara de fs. 161/177, dejar sin efecto todo lo actuado en este "incidente" y ordenar su archivo.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. Los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por la señora Fiscal ante la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, el señor Alejandro Gastón Petrucci y el Consejo de la Magistratura contra la sentencia pronunciada por la Sala II son admisibles. La sentencia tiene carácter de definitiva en cuanto cierra el debate sobre cuestiones que involucran la competencia de integrantes del Poder Judicial, el ejercicio de funciones públicas y la regularidad de las actuaciones cumplidas en un proceso judicial; asimismo, los recursos han sido interpuestos por los afectados —en mayor o menor medida— por la decisión atacada y plantean cuestiones que versan sobre la interpretación y alcance de normas constitucionales.

Los agravios de los tres recursos son en general coincidentes, por lo que habré de analizarlos a partir de los que fueron deducidos por la Fiscal de Cámara, sin perjuicio de algunas consideraciones particulares respecto de los restantes recursos que están incluidas en los aparts. 3 y 4.

2. Los agravios de la señora Fiscal de Cámara se desarrollan a partir del punto IV de su recurso de inconstitucionalidad.

a) El primer agravio sostiene que la decisión impugnada es contradictoria, porque la Cámara ha declarado en una causa por daños y perjuicios, la nulidad de la resolución administrativa dictada por el Consejo de la Magistratura que designó al señor Petrucci como Asesor Tutelar, y en la misma sentencia objetada expresa que no ha tramitado una pretensión anulatoria de un acto administrativo. En palabras de la recurrente: "De lo expresado se concluye sin hesitación que, pese a que la Cámara lo ha negado, mediante este incidente sí ha tramitado una pretensión anulatoria de un acto administrativo, cuya nulidad ha decidido el Juez de Primera Instancia y confirmado la alzada".

El agravio, como se verá más adelante, se asienta en una errada comprensión de la cuestión debatida. El incidente no se origina en una "pretensión anulatoria" sino en el control conjunto de la constitución válida de un proceso, ejercido en primer término por el juez que da vista a la Fiscal de Primera Instancia antes de tomar una decisión sobre el particular y por esta funcionaria que se pronuncia en ocasión de la vista conferida. Cumplidos tales recaudos el magistrado declara la existencia de un impedimento procesal vinculado con uno de los sujetos del proceso que pretendía actuar como parte legitimada.

b) El segundo agravio postula que los fundamentos del fallo recurrido son aparentes. Sostiene la impugnante "que el señor Asesor Tutelar no tiene que acreditar personería ya que se presenta ejerciendo las funciones que le encomienda la ley". El argumento incurre en una petición de principio, porque lo que estaba observado era si quien se presentaba como Asesor Tutelar podía hacerlo en la calidad que invocaba.

c) El tercer agravio gira en torno a la actuación de la señora Fiscal de Primera Instancia. Aquí el recurso pierde coherencia argumentativa. En primer lugar la intervención de la Fiscal de Primera Instancia obedece a una vista que le confiere el Juez de la causa a fin de que se pronuncie sobre un presupuesto procesal. En segundo lugar, cuando el Ministerio Público advierte acerca de un impedimento procesal, no provoca ni altera los límites del litigio y menos aún el principio de congruencia.

Es necesario para mostrar la dimensión del equívoco en que incurre la recurrente traer aquí algunas referencias que, aunque conocidas, resultan de significativa pertinencia para definir con precisión qué es lo que se discute ante el Tribunal.

En un trabajo del año 1868 Oscar von Büllow —en lo que constituyó un avance para la ciencia procesal al dotarla de mayor autonomía y claridad— presentó la teoría de los presupuestos procesales (véase *JA,* 1957-II, sec. Doct., 69). Esa teoría fue expuesta en el país con gran claridad por Clemente Díaz, bajo el seudónimo de Carlo Carli (Carli, Carlo: *La demanda civil,* Lex, Buenos Aires, 1973).

Von Büllow explica que en un proceso, junto con las condiciones de existencia de una relación jurídica material, hay condiciones de existencia de una relación

jurídica procesal; que estas últimas son elementos constitutivos del proceso y definen si éste se desarrolla o puede desarrollarse válidamente. "El tribunal no sólo debe decidir sobre la existencia de la pretensión jurídica en el pleito, sino que, para poder hacerlo, también debe cerciorarse si concurren las condiciones de existencia del proceso mismo: Además del supuesto de hecho de la relación jurídica privada litigiosa (de la *res in juidicium deducta*), tiene que comprobar si da del supuesto de hecho de la relación jurídica procesal (del *juidicium*)" [conf. Von Büllow, O.: "La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales"*, Revista de Derecho Procesal,* Defensas y Excepciones II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003-2, p. 19]. Entre los presupuestos procesales, es decir aquellos que condicionan la constitución o desarrollo válido de un proceso están la competencia, la capacidad procesal, la legitimación, etc. Cuando no se cumple con uno de tales presupuestos aparece un impedimento procesal, cuya posible subsanación dependerá de la clase de presupuesto comprometido, del tipo de proceso, etc. En materia penal, por ejemplo, no es subsanable el impedimento procesal de la acción prescripta. En cambio, el impedimento procesal de falta de personería es subsanable, ya sea por el otorgamiento de un poder en debida forma o por la ratificación de lo actuado por el gestor. Ahora bien, en el campo de los presupuestos procesales en principio, no hay disponibilidad, es decir, no están abarcados por la autonomía de las partes. Así el juez es o no competente, o alguien está o no legitimado, o puede o no puede pretender o ser pretendido. Se trata de aspectos que demuestran, entre otros, por qué el proceso —cualquier proceso— pertenece al campo del derecho público.

Las precisiones anteriores contribuyen a demostrar que este incidente no ha producido la modificación del objeto del pleito ni la violación del principio de congruencia. Juez y fiscal cumplieron con el control de la legalidad, orientado en el caso a verificar si quien se arrogaba la representación promiscua de una de las partes satisfacía los requisitos exigidos para tal desempeño.

En su agravio entonces, el recurrente confunde esa verificación de un presupuesto procesal —que era un imperativo de actividad para el Juez de Primera Instancia y para la representante del Ministerio Público Fiscal— con la modificación del objeto del proceso principal. El magistrado de grado señaló con acierto que la constatación de la falta de un presupuesto procesal y la declaración pertinente pudo haberla dictado de oficio, esto es sin el requerimiento expreso de la señora Fiscal, quien de todos modos al hacerlo no fue más allá de su competencia, sino que cumplió con deberes y facultades que tiene reconocidos por la ley y la Constitución. En síntesis, lo que importa, toda vez que no hubo exceso en la actuación del juez ni del Ministerio Público, es lo declarado (la existencia de un impedimento procesal) y no el camino por el que se alcanzó esa declaración.

Agrego que la irregularidad de la designación y de la intervención del señor Petrucci en el proceso no se agota ni se soslaya con referencias de carácter técnico-administrativo, como intenta la señora Fiscal de Cámara. La situación encuadra en disposiciones y prohibiciones constitucionales que imponen a las autoridades el deber de ejercer las acciones penales y civiles contra quienes ejerzan funciones violando el texto de la Constitución (art. 4º).

d) En el cuarto agravio se expresa "...si el Ministerio Público de alzada desiste de la intervención del Ministerio Público de primera instancia, pierde actualidad el pronunciamiento judicial que se hubiese dictado con motivo de la pretensión del Ministerio Público de primera instancia, ya que el órgano Ministerio Público ha expresado su voluntad de desistir de la pretensión a través de su representante jerárquicamente superior". Como se puede apreciar la recurrente confunde la actividad del Ministerio Público destinada a postular sobre el derecho material ventilado en el juicio con los presupuestos procesales del juicio. Parece no comprender que su desistimiento, más allá de la estructura vertical del Ministerio Público, no afecta el fallo del magistrado de grado ni puede sanear el impedimento procesal declarado. Dicho en otras palabras, el desistimiento no convierte a quien no es funcionario público en tal, ya que no es una cuestión disponible, sobre la que eventualmente las partes podrían avenirse, transigir, conciliar, etcétera.

Tampoco es exacta la afirmación de la Fiscal de Cámara cuando dice: "[n]ótese que la interpretación propiciada por la alzada llevaría a sostener que la posición del Ministerio Público —en el que rige el principio de unidad de actuación— queda fijada a lo largo de toda la litis por la opinión del fiscal del grado, lo cual sería un absurdo, a la luz del aludido principio de dependencia jerárquica", sin advertir que ella misma se encuentra comprometida por una jerarquía mayor —la que viene impuesta por la supremacía constitucional subordinante del resto de la actuación de los poderes públicos—, y sin advertir tampoco, que al tratarse de un impedimento procesal constatado y declarado como tal por el juez de grado, no cabe desistimiento sino impugnación de lo decidido.

En este aspecto, el fallo de la Sala II de la Cámara CAyT es claro al indicar que la Fiscal no puede en su intento de desistir, desconocer que había sido emitido el pronunciamiento del magistrado de primera instancia y que, por tanto, estaba abierta la competencia del tribunal superior de la causa para conocer en grado de apelación ante los recursos interpuestos por el Consejo de la Magistratura y el señor Petrucci.

e) El quinto agravio afirma que no hay caso que habilite la evaluación de la constitucionalidad del acto, ni acción de impugnación del acto administrativo. Cuando en el conocido caso "Marbury vs. Madison", el juez Marshall examinó la competencia de la Corte de Estados Unidos de Norteamérica para expedir el *mandamus* solicitado por el demandante, tampoco existía pretensión alguna sobre este punto (el examen de la competencia). Lo que hizo Marshall fue simplemente verificar si concurría un presupuesto procesal, en el caso, si el Tribunal tenía competencia para obrar como era solicitado por el pretensor; para lo cual examinó de oficio la constitucionalidad de la Judiciary Act de 1789. En este orden de ideas, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto que "para que el órgano jurisdiccional pueda examinar en cuanto al fondo la pretensión que ante él se deduce es preciso que concurran ciertas circunstancias establecidas por el derecho procesal conocidas como requisitos o presupuestos procesales. El examen de estos recaudos, que condicionan la admisibilidad de la pretensión, puede ser efectuado no sólo a

requerimiento de la demandada, sino también, dada su naturaleza, en una etapa preliminar en la cual el juez puede desestimar oficiosamente la demanda (art. 337 del CPCCN), sin que por ello se convierta en el intérprete de la voluntad implícita de una de las partes ni se altere el equilibrio procesal de los litigantes en desmedro de la parte contraria" (*Fallos,* 322:73, consid. 7). Es más que obvio entonces que ello nada tiene que ver con la existencia de causa o caso, sino con la necesidad de determinar previamente si el proceso se puede desarrollar. Así, si un juez declara, antes de sustanciarse el traslado de la demanda y de oficio su incompetencia, no puede sostenerse seriamente "que no hay caso"; más bien corresponde entender que en un caso el juez previamente ha verificado si podía conocer y decidir (presupuesto procesal). Es lo que —*mutatis mutandis*— ocurrió en el proceso: el sujeto que intentaba constituirse en parte legítima carecía de aptitud para pretender.

f) El sexto y último agravio intenta defender la razonabilidad de la designación interina del señor Pretucci como asesor tutelar. Dice a recurrente que "[l]a práctica de las designaciones interinas no es nueva". Cita la situación de las designaciones de los jueces nacionales subrogantes, que no resulta una referencia afortunada, a partir de lo que el Alto Tribunal dijera en la causa "Rosza, Carlos Alberto y otro s/recurso de casación fallada el 23/5/2007", en especial en el consid. 19 ese fallo.

La práctica, la tradición, la situación consumada, las prácticas burocráticas reprobables, la poca diligencia en la tramitación de los concursos para la designación de magistrados y funcionarios no pueden abrogar normas constitucionales. La CCBA establece e impone para la designación de los miembros del Ministerio Público un procedimiento específico (conf. arts. 116.1, 116.2, 120 y 80.24 de la CCBA). A la inobservancia de las normas del procedimiento constitucional detalladas en el punto XI.1.1. de la sentencia de primera instancia, se suma la lesión por la falta de audiencia pública (art. 120, CCBA), al régimen de democracia participativa y a la división de poderes que la Constitución de la Ciudad establece en su primer artículo. El mecanismo de designación del Sr. Petrucci es antidemocrático, en primer lugar porque no intervino la Legislatura ni lo hizo la ciudadanía. Recuerdo que es un derecho garantizado por la Convención Americana de Derechos Humanos el de todo ciudadano de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos (conf. art. 23.1, CADH): la CCBA garantiza ambas situaciones (conf. art. 120, CCBA). A ello se suma, como lo enfatizara el juez de grado la absoluta falta de publicidad de la designación del Sr. Petrucci, quien en las circunstancias referidas no ostenta sino que detenta el cargo de Asesor Tutelar de Primera Instancia.

El Consejo de la Magistratura, en segundo lugar, se ha arrogado competencias propias del Legislativo, en la designación del Asesor Tutelar.

La ley 31 no autoriza al Consejo de la Magistratura a efectuar designaciones (sean definitivas o interinas) como la del Sr. Petrucci; la competencia de órganos del derecho público es la excepción, por lo que no corresponde aquí —bajo ningún punto de vista— aceptar la existencia de una "facultad implícita", sin infringir una serie de normas y principios constitucionales, por ejemplo, el de división de

poderes, en la medida en que opera como una herramienta republicana contra la arbitrariedad.

Asimismo, como bien se ha dicho en las sentencias de las instancias ordinarias, el art. 1º de la ley 31 sólo enunciaba propósitos muy generales que deben ser entendidos dentro de los límites de las competencias y facultades del Ministerio Público. Esos límites resultan de la CCBA y de una interpretación intrasistémica del propio texto de la ley 31, en particular de la concordancia entre los arts. 1º y 2ª que establecía con claridad las atribuciones y competencias del Ministerio Público. De allí que entender —como lo pretenden los recurrentes— que el art. 1º de la ley 31 establece algún tipo de excepción frente a las disposiciones constitucionales, volvería inconstitucional a la norma inferior.

En otros términos, no hay excepciones a la regla constitucional de designación de magistrados y funcionarios del Poder Judicial, fuera de las que el propio texto autoriza. Valga como ejemplo, como bien lo indica el magistrado de grado, la cláusula temporaria décimo segunda de la CCBA, que autorizaba al Jefe de Gobierno a nombrar en comisión —dado la etapa fundacional de su autonomía en que se hallaba la Ciudad— a los jueces e integrantes del Ministerio Público, con el requisito de que tales designaciones contarán con el acuerdo nada menos que de los dos tercios del total de miembros de la Legislatura, es decir, que la designación fuera aprobada con el voto de cuarenta legisladores. El dato es significativo ya que muestra que la intención del constituyente fue exigir la intervención de dos órganos elegidos democráticamente en la designación de jueces y funcionarios del Ministerio Público, cuando autorizaba el apartamiento del mecanismo general de designación.

Las consideraciones que anteceden refutan suficientemente los agravios deducidos por el Consejo de la Magistratura, y especialmente el eje de su argumentación: la validez de la resol. CM-963/05.

Sin embargo el Consejo de la Magistratura sostiene que "...en cuanto a garantizar la eficaz prestación del servicio de la administración de justicia y lograr la satisfacción de las demandas sociales sobre la función jurisdiccional del Estado, teniendo en cuenta la complejidad y plazos que implica la tramitación de un concurso público, se designó al doctor Petrucci como Asesor Tutelar de Primera Instancia en el Fuero Contencioso Administrativo, designación *condicionada* a la substanciación del respectivo concurso para la cobertura del cargo". De seguirse la línea que postula el Consejo se llegaría al absurdo de que para asegurar la tutela jurisdiccional a los ciudadanos, los funcionarios encargados de esa tarea podrían ser designados de manera ilegal.

Esa línea de argumentación olvida que la primera garantía de la ciudadanía en el acceso a la justicia, reside en la debida constitución del Tribunal y en la debida designación de magistrados y funcionarios del Poder Judicial. En las condiciones en que fuera designado el señor Petrucci se infringen y pierden sentido los arts. 110 o 123 de la CCBA, pensados para funcionarios que gozan de estabilidad, porque cuál es la estabilidad del señor Petrucci, cuyo cargo está sujeto a condición resolutoria. Y ello no es un dato menor, toda vez que la estabilidad en la función judicial no

es sólo un derecho de quién ocupa un cargo, sino —insisto— una garantía para el ciudadano.

Dicha garantía estaba cubierta con la resol. 58/00 que preveía un sistema de reemplazo para asesores tutelares, reglamentado el art. 17 bis de la ley 21 (conf. mod. de la ley 316), que importaba una sustitución entre iguales o por funcionarios de rango superior (art. 17 bis, ley 21: "Sustitución: El o la Fiscal General, el Defensor o Defensora General y el Asesor o Asesora General Tutelar, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecen el mecanismo de reemplazo de los o las integrantes del Ministerio Público para los casos de recusación, excusación, impedimento, licencia o vacancia."). La mencionada resolución cumplía cabal y razonablemente con la delegación reglamentaria hecha por el legislador, sin alterar en lo más mínimo el marco legal y constitucional y, como lo expresó el magistrado de primera instancia en su decisión, tal resolución se encontraba vigente al momento de dictarse la resol. CM-963/05 por la cual se designó como Asesor Tutelar al señor Petrucci. De cualquier modo, para despejar dudas, tengo que decir que aun ausente o derogada la resol. 58/00 de la Asesoría Tutelar General, tampoco se hubiera encontrado justificada legal o constitucionalmente la designación del señor Petrucci en las condiciones en que se realizó, en razón de los argumentos que antes expuse.

La invocación de un caso de gravedad institucional que intenta introducir el Consejo carece de sustento alguno. No sólo porque sus afirmaciones son insustanciales sino porque, como ha quedado expuesto en los apartados precedentes, la designación que el Consejo procura defender contiene vicios que la tornan insostenible a la luz de las cláusulas constitucionales.

3. En lo que hace al recurso del señor Petrucci, me remito al apart. 3. vista la similitud de sus agravios con los que allí han sido contestados y refutados.

Por lo expuesto, *voto* por rechazar por improcedentes los recursos planteados y confirmar la sentencia impugnada, con costas a los vencidos.

Por ello, de conformidad con el dictamen del señor Fiscal General Adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Hacer lugar* a los recursos de inconstitucionalidad planteados por la señora Fiscal ante la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario, por el Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y por el señor Asesor Tutelar Alejandro Gastón Petrucci, revocar la sentencia de fs. 161/177, dejar sin efecto el procedimiento seguido con ocasión del desconocimiento de la designación del doctor Alejandro Gastón Petrucci y ordenar su archivo.

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

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

XXXIX

"LALO, AARÓN C/CAJA DE SEGURIDAD PARA ABOGADOS DE LA CABA Y OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD. AMPARO: Requisitos. ABOGADO JUBILADO: Reingreso a la actividad. Obligación de realizar aportes a la Caja de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad de Buenos Aires (CASSABA). Superposición de aportes. Reglamentación de la ley 1181.

SUMARIOS:

1. El amparo no constituye un procedimiento judicial genérico y electivo, que suplante o reemplace a los procedimientos específicos reglados; sino que supone la evidencia inicial de la ilegitimidad del acto u omisión cuestionados y el daño grave e inminente a un derecho constitucional o legal que deba ser restablecido de inmediato. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

2. Las contribuciones establecidas en la ley 1181 se aplican al trabajo profesional ejercido ante los tribunales de la Ciudad, y permiten, aún en caso de personas ya jubiladas a la fecha de entrada en vigencia del régimen, obtener la prestación denominada "Jubilación Proporcional", como beneficio adicional (disposición transitoria octava). *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

3. El sistema nacional al que el actor se encuentra afiliado establece el pago de una suma fija por categoría, situación que no ocurre en el régimen local que prevé una alícuota para cada oportunidad en que el letrado perciba honorarios; por ello resulta sumamente dudoso el hecho (puramente fáctico) de que un mismo salario, ganancia u honorario haya sido sometido varias veces —al menos dos— a una contribución. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

4. No puede afirmarse sencillamente que exista superposición de aportes en el sentido de la afiliación a otro régimen previsional puesto que, como ocurre normalmente, las contribuciones efectuadas ante un organismo pueden hacerse valer, según determinadas condiciones, frente al organismo que concede el haber previsional. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

5. Corresponde declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad deducido, pues el amparista se limita a aseverar que los fines perseguidos por el art. 1º de la ley 24.241 en nada distan con los perseguidos por la ley 1181 y que el origen de la obligación proviene, en ambos supuestos, del ejercicio de la abogacía, sin hacerse cargo de las distinciones que efectuó la Cámara tanto en la calidad en que debe aportar el actor a uno y otro régimen —haber reasumido la actividad profesional y ejercer la abogacía en la Ciudad— como en las finalidades que persiguen —exclusiva finalidad solidaria y finalidad solidaria para con el resto de los afiliados a CASSABA sumado al derecho a obtener un beneficio, esto es, prestaciones individualizadas y concretas— y, menos aún, demostró que dicho razonamiento sea insostenible a la luz del art. 14 bis de la C.N. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

6. Tanto el sistema nacional de seguridad social creado por la ley 24.241, como el sistema local de la ley 1181 comparten la finalidad que persiguen, y establecen básicamente las mismas prestaciones (conf. arts. 1º y 17 de la ley 24.241, y arts. 1º, 7º y 8º de la ley 1181). *(Voto disidente de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

7. Debe admitirse el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el actor, pues exigirle el pago de los aportes contemplados en los, incs. 1º y 4º del art. 62 de la ley 1181, en tanto éstos son anticipos del AMAO (art. 65), contraría el derecho de no cubrir el AMAO que le concede el art. 67 de la misma ley. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

8. CASSABA excedió el marco establecido en la ley 1181 al reglamentarla del modo y con la extensión que lo hizo, desde que ella no confiere (ni hubiese podido hacerlo por razones de índole constitucional) a ninguno de los órganos de CASSABA atribuciones para reglamentar ese texto legal. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 5355/07 - 12/3/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El abogado Aarón Lalo promovió una acción de amparo contra la Caja de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, CASSABA) y contra el GCBA (en adelante, GCBA) para que se declare la inconstitucionalidad de los arts. 1º, 5º, 22, 62, incs. 1º y 4º y 67, y disposición transitoria octava de ley 1181 y de los arts. 5º y 62, incs. 1º y 4º de su reglamentación. Expresó que tras efectuar aportes durante más de 39 años, obtuvo la ANSES su jubilación el 13/9/2004, con derecho a percibir el beneficio a partir del 26/2/2004, situación que informó a CASSABA el 9/2/2005. También refirió que por encontrarse en actividad continúa efectuando aportes al Sistema Único de Seguridad Social, como lo exige la ley 24.241.

El actor afirmó que la obligatoriedad de efectuar aportes a la caja local resulta violatorio del principio de jubilación única e importa una inconstitucional superposición de aportes.

También cuestionó los aportes exigidos por los, incs. 1º y 4º de la ley y su reglamentación pues se aplican a los honorarios percibidos a partir del 1º/1/2005, sin tener en cuenta la fecha en que se devengaron.

Además consideró que la ley es contradictoria pues lo exime de efectuar el aporte mínimo anual obligatorio (AMAO) pero lo obliga a efectuar el aporte del 5 % de sus honorarios, que, según el art. 65 de la ley, tiene el carácter de anticipo del AMAO, del que está exento.

Juntamente con la demanda, el actor solicitó una medida cautelar (fs. 1/7).

2. El juez de primera instancia dispuso, cautelarmente, que la CASSABA se abstenga de requerir al actor el pago de los aportes establecidos en el art. 62, inc. 1º de la ley 1181.

3. Corrido traslado de la demanda, el GCBA cuestionó la tramitación del caso por vía amparo y se opuso, por razones de fondo, a su procedencia (fs. 98/108). A su turno, CASSABA produjo el informe previsto en el art. 8º de la ley 16.986 rebatiendo, también, la admisibilidad y la procedencia del amparo (fs.110/130).

4. El juez de primera instancia hizo lugar al amparo promovido por el doctor Aarón Lalo y, en consecuencia, declaró "la inconstitucionalidad e inoponibilidad a su respecto de los arts. 5º y 62, incs. 1º y 4º de la ley 1181 y la reglamentación correspondiente" (fs. 149/154). El juez consideró que se está en presencia de un supuesto de superposición de aportes por la misma actividad, que contraría lo dispuesto por el art. 14 bis de la C.N. y que la exigencia de aportes por honorarios devengados con anterioridad a la vigencia de la ley afecta la garantía de la propiedad.

5. El Fiscal Nº 2 de Primera Instancia apeló la sentencia (fs. 157/160 vta.), recurso que fue sostenido por la Fiscal de Cámara (fs. 202/203 vta.). También lo hizo CASSABA (fs. 166/191). El actor contestó ambos recursos (fs. 198/199 vta. y fs. 207 y vta.).

6. La Sala I de la Cámara CAyT hizo lugar a los recursos, revocó la sentencia apelada y rechazó el amparo (fs. 211/216 vta.). Al hacerlo consideró que no se plantea un supuesto de superposición de aportes por la distinta finalidad a los que se encuentran dirigidos los que se exigen al actor por la ley nacional 24.241 y por la ley local 1181; por la posibilidad de que el actor obtenga un beneficio especial sobre la base de los aportes que efectúe al régimen local; entre otras razones.

7. El actor solicitó aclaratoria de la sentencia por considerar que CASSABA no expresó agravios en relación con la inconstitucionalidad de exigir aportes por actividades anteriores a la vigencia de la ley (fs. 218 y vta.), recurso que fue rechazado por la Sala I (fs. 220).

8. Aarón Lalo interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 221/228). El Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (en adelante, CPACF) se presentó en el proceso para acompañar el recurso del actor (fs. 233/237). CASSABA contestó el recurso del actor (fs. 241/252 vta.). La Sala I concedió el recurso (fs. 256 y vta.).

9. Recibidas las actuaciones en el Tribunal, el juez de trámite dispuso devolverlas a la Sala para que decidiese acerca del pedido de intervención del CPACF y sobre el planteo que efectuara (fs. 261).

10. Adoptadas las medidas pertinentes por el *a quo* (fs. 262), CASSABA contestó la presentación del CPACF (fs. 271/283 vta.) y la Sala elevó los autos al Tribunal (fs. 284 y vta.).

11. Requerido su dictamen (fs. 290), el Fiscal General Adjunto propició que se rechace el recurso de inconstitucionalidad incoado por el actor (fs. 292/299 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Satisfechos los requisitos extrínsecos del recurso, estimo que el recurrente ha planteado un verdadero caso constitucional. En efecto, desde el comienzo se ha discutido en el litigio la pretensión del actor de que no se apliquen ciertas normas de la ley de creación de la CASSABA (1º, 5º, 22, 62, incs. 1º y 4º y 67, y disposición transitoria octava de ley 1181) y de su reglamentación (arts. 5º y 62, incs. 1º y 4º), porque ellas contienen defectos constitucionales (afectación de los arts. 14 bis y 17, C.N.). La sentencia de primera instancia hizo lugar a su petición y la de segunda instancia rechazó su demanda al efectuar una interpretación constitucional diferente a la postulada por el actor. El recurrente ahora desea que ese juicio constitucional, que torna inaplicables reglas existentes y vigentes, sea revisado por el TSJBA, según su competencia específica.

El núcleo del amparo versa acerca de la posibilidad de imponer ciertas contribuciones a un abogado que ya está jubilado por otro organismo previsonal y que ha reingresado a la actividad, por el ejercicio profesional ante los tribunales de la Ciudad de Buenos Aires, según la ley 1181 y su reglamentación por CASSABA (resol. 004-4/05).

El amparista sostiene que la ley determina, a su respecto, una imposición ilegítima (C.N., 14, 14 bis y 17) para el ejercicio de la profesión del actor (abogado). CASSABA defiende la razonabilidad de la ley y de su reglamentación sobre la base de los principios constitucionales nacionales y locales que regulan la seguridad social.

2. Al igual que en un anterior pronunciamiento (conf. "Fornasari, Norberto Fabio c/GCBA y otros s/amparo [art. 14, CCBA] s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 4911/06, sent. del 18/4/2007), debo reconocer que, quizás por haber sido vencedor ante la Cámara, no existe queja del demandado sobre la vía utilizada por el actor para tramitar el litigio en la contestación del recurso de inconstitucionalidad. Sí la hubo tanto al contestar el informe del art. 8º, LA (fs. 128 vta./129) y la sentencia de primera instancia consideró esa objeción (fs. 149 vta./150). Ello parecería obturar mi posibilidad de discrepar al respecto. Empero, como pretendo demostrarlo, la vía elegida no sólo es ilegítima e inidónea para resolver el conflicto suscitado en esta controversia, sino que, además, ella limita la posibilidad de decisión del Tribunal aun en torno al recurso interpuesto.

Como ya lo he dicho en el caso citado y en las sentencias que en él menciono, no resulta legítimo reemplazar procedimientos judiciales previstos en la ley procesal por el amparo como trámite más sencillo y rápido, teóricamente (ver, por ejemplo, expte. nº 4809/06, "Dr. Ricardo Monner Sanz c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA] s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado

expte. nº 4313/05, "Lotería Nacional Sociedad del Estado s/queja por recurso de apelación ordinario denegado en 'Dr. Ricardo Monner Sanz c/Instituto de Juegos de apuestas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otros s/otros procesos incidentales'", resolución del 6/10/2006 y expte. nº 4781/06, "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Alonso, Daniel c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA]'", resolución del 30/11/2006, así como en los casos mencionados en los fundamentos de ese voto).

Nótese que, de haberse seguido los pasos que la ley procesal exige, habríamos estado frente a la sentencia emanada de un juicio ordinario (o, al menos, sumario), con todos los trámites clásicos en este tipo de procedimientos (defensa y prueba) que habrían definido mucho mejor el litigio planteado por el actor. Al respecto, la vía elegida es particularmente inidónea para resolver problemas como el que se nos presenta, acerca de la existencia o posibilidad de existencia de un crédito del que es deudor una persona determinada. Repárese también en que el art. 14 de la CCBA abre esta vía "expedita y rápida... siempre que no exista un medio judicial más idóneo...". El amparo no constituye un procedimiento judicial genérico y electivo —a gusto del actor—, que suplante o reemplace a los procedimientos *específicos* reglados. El amparo supone, en cambio, dos condiciones: en primer lugar, la evidencia inicial de la ilegitimidad del acto u omisión cuestionados y, en segundo lugar, el daño grave e inminente a un derecho constitucional o legal que deba ser restablecido de inmediato. Con otras palabras, se trata de una verificación sencilla e inmediata, según sucede en su pariente, relativo a la libertad locomotiva, *el habeas corpus*, que no tiene por objeto verificar la culpabilidad de alguien en el hecho imputado, sino, por lo contrario, hacer cesar una medida restrictiva de libertad manifiestamente ilegítima.

3. Yo estimo que ni una ni otra condición están presentes en el caso, pero me basta, para desestimar la acción y no decidir por fuera del litigio constitucional planteado por el actor y contestado por el demandado, tornar plausible que la ilegitimidad constitucional que aquél demanda no resulta evidente, ni manifiesta. He allí la limitación intrínseca del recurso interpuesto, dada la acción ejercida. Se pretende que se haga lugar al amparo (actor) o que no se haga lugar al amparo (CASSABA) y, para ello, el recurso de inconstitucionalidad resulta doblemente limitado: en principio, por la materia que supone el recurso, que no involucra a la solución del Tribunal de mérito bajo el aspecto de la interpretación de la ley común (infraconstitucional) que rige el caso; en segundo lugar, el petitorio clásico de la acción ejercida, en cuanto refiere a una lesión —sólo constitucional conforme al recurso interpuesto— manifiesta.

a) El actor ha desconocido la potestad de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para dictar la ley 1181, que goza de presunción de validez propia de los actos emanados de los poderes públicos.

b) Las contribuciones establecidas en la ley se aplican al trabajo profesional ejercido ante los tribunales de la Ciudad, y permiten, aún en caso de personas en la situación del actor (ya jubiladas a la fecha de entrada en

vigencia del régimen), obtener la prestación denominada "Jubilación Proporcional", como beneficio adicional (disposición transitoria octava).

c) Los requisitos para la obtención de ese beneficio no son para nada claros. El juez de primera instancia consideró que para que le sea concedido, el actor debería cumplir con el AMAO durante, el menos, cinco años; sin embargo, la Cámara entendió que ese aporte no es requisito para la obtención de la prestación establecida en el art. 72 de la ley; la cuestión es sumamente discutible y no constituye una lesión manifiesta.

d) El sistema nacional al que el actor se encuentra afiliado establece el pago de una suma fija por categoría, situación que no ocurre en el régimen local que prevé una alícuota para cada oportunidad en que el letrado perciba honorarios; por ello resulta sumamente dudoso el hecho (puramente fáctico) de que un mismo salario, ganancia u honorario haya sido sometido varias veces —al menos dos— a una contribución.

e) Tampoco puede afirmarse sencillamente la superposición de aportes en el sentido de la afiliación a otro régimen previsional puesto que, como ocurre normalmente, las contribuciones efectuadas ante un organismo pueden hacerse valer, según determinadas condiciones, frente al organismo que concede el haber previsional. Adviértase que así lo considera la Cámara al señalar que "lo aquí decidido no obsta el derecho que pudiera corresponderle al actor para solicitar ante los organismos de seguridad social nacionales el cese o la eximición del pago de los aportes que actualmente realiza —a tenor de la obligación establecida en el art. 34, inc. 2º, de la ley 24.241— con sustento en sus actuales obligaciones respecto de la Caja de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires" (fs. 216 y vta.).

f) El criterio legal de requerir aportes por los honorarios "percibidos", aunque se correspondan con trabajos efectuados con anterioridad al inicio de la vigencia del régimen, no aparece manifiestamente ilegítimo o irrazonable ya que la determinación de un criterio ("percibido" o "devengado") no sólo debe ser relacionado con la garantía de la propiedad, sino con los principios que regulan el régimen previsional tanto en la Constitución nacional como local.

4. Por las consideraciones que anteceden, mi solución, concordante con la propiciada por el señor Fiscal General Adjunto, consiste en rechazar el recurso de inconstitucionalidad. Las costas de todo el proceso se imponen en el orden causado (art. 14, CCBA).

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. El recurrente se agravia, en primer término, de que se le exija efectuar aportes a la caja instrumentada mediante la ley 1181 (CASSABA) porque dicha obligación, al hallarse en paralelo con la que prevé el art. 34, inc. 2º, de la ley 24.241 conculcaría los derechos contemplados en los arts. 14 bis de la C.N. y 44

de la CCBA (señala que, a diferencia de lo que entendió el *a quo,* existe similitud tanto de las contingencias que buscan cubrir ambos regímenes como la del carácter en virtud del cual se aporta, el ejercicio de la abogacía, situación que genera, a su criterio, una 'superposición de aportes').

Controvierte, a su vez, la interpretación que realizó la Cámara de los preceptos de la ley 1181. Aduce que, en función de lo dispuesto en el art. 17, él no tendría derecho a la obtención de los beneficios que el sistema instituido por esa ley prevé; y exigirle aportes en esas condiciones "...implica una flagrante violación al derecho constitucional de igualdad, ya que se estaría exigiendo a una persona que concurriera económicamente a sostener un régimen especial que luego no tendrá los mismos derechos que el resto de los participantes del sistema" (fs. 226 vta.).

Por último, tacha de arbitraria la sentencia por no haber tratado el planteo relativo a la vulneración del derecho de propiedad. En este orden de ideas, afirma que "[l]a sentencia cuestionada ha omitido tratar el tema oportunamente planteado en la demanda y valorado por el juez de grado para hacer lugar a la acción que se refiere al derecho a mantener la integridad de los honorarios devengados antes de que entrara en vigencia la ley 1181..." (fs. 226 vta.).

2. Por motivos expositivos, trataré en primer término la tacha de arbitrariedad.

*2.*1. Para que la omisión imputada sea de aquellas que den lugar a la revocatoria del pronunciamiento y reenvío de la causa por la causal de arbitrariedad, pesa sobre el recurrente la carga de mostrar que el *a quo* debió resolver la cuestión sometida a su conocimiento, a cuyo fin debe acreditar que ella era conducente para la resolución del conflicto; situación que no se da en autos, en tanto no se ve que la Cámara haya omitido analizar una pretensión apta para ser tratada por el Poder Judicial. La pretensión del actor relativa a que "...se resuelva que los honorarios devengados antes del 1/1/2005 no se encuentran sujetos a los aportes establecidos en esa norma..." (fs. 7), que sostiene en esta instancia bajo la tacha de arbitrariedad, tal como fue formulada, no es pasible de ser puesta a consideración de un órgano judicial. En efecto, si bien ese planteo está dirigido exclusivamente a controvertir la aplicación del art. 62, inc. 1º, a los trabajos profesionales realizados con anterioridad a la existencia de CASSABA, la falta de identificación de una relación jurídica concreta —honorario o trabajo determinado— a que esté referido impide su tratamiento por no configurar, en esas condiciones, una causa en los términos del art. 106 de la CCBA. Para ser objeto de un pronunciamiento judicial que, por definición, debe poner fin a una controversia de modo definitivo, toda pretensión debe estar referida (en su totalidad) a una o varias relaciones jurídicas concretas, respecto de las que, exclusivamente, operará dicho pronunciamiento, asegurando así que no lo hará sobre una norma general cuya emisión y mantenimiento incumben a otra autoridad —en el caso, art. 62, inc. 1º, de la ley 1181—. En otras palabras, la cosa juzgada, nota distintiva (en el sentido de exclusiva) de la función judicial no puede quedar consagrada más que respecto de relaciones jurídicas concretas.

En efecto, una potestad judicial que permitiera a los jueces "decir el derecho" con prescindencia de un grupo definido de relaciones jurídicas concretas resulta a todas luces ajena a la función jurisdiccional y se asemeja a la obtención de una inmunidad o fuero personal —conf. el voto de los doctores Casás y Lozano *in re* "Almeida, Marcelo y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/conflicto de competencia'" (expte. nº 4756/06) resolución del 14/7/2006—. Además, proyectaría efectos distorsivos al sistema judicial, por otorgar al pronunciamiento, para evitar males mayores, una autoridad de cosa juzgada mitigada, toda vez que, a diferencia de la regla en la materia, aun cuando la sentencia quedara firme, podría ser modificada por un cambio normativo —el desarrollo *in extenso* de estas consideraciones se encuentra en mi voto *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Asociación Argentina de Agencias de Publicidad c/GCBA s/impugnación de actos administrativos'", expte. 4889/06, sent. del 21/3/2007).

En virtud de lo expuesto, datos como la individualización de los servicios profesionales que retribuirían los honorarios a que se refiere el recurrente y de las condiciones en que se encuentran las causas que, a su juicio, los habrían generado (v. gr. con el trabajo ejecutado pero sin regulación, con el trabajo realizado, regulado y cobrado, con el trabajo parcialmente ejecutado) resultan indispensables para que pueda recaer una sentencia judicial acerca de dicha cuestión (sin que resulte suficiente, a tales fines, las menciones que a modo de "ejemplo" vierte el amparista en su escrito de inicio relativas a la existencia de tres causas en las cuales le habrían regulado honorarios, toda vez que dichas manifestaciones fueron efectuadas, como expresamente lo reconoce el recurrente, con el objeto de acreditar la inminencia del daño y no para que una decisión judicial recaiga sobre esas situaciones de hecho particulares). En este orden de ideas, una sentencia que dijera hacer lugar a dicha pretensión en las condiciones propuestas estaría estableciendo la interpretación de la ley de manera genérica, o lo que es lo mismo, resolvería por fuera del mandato constitucional del art. 106 de la CCBA, esto es, por fuera de un 'caso'. En cambio, si la pretensión hubiera sido tener por no gravados los honorarios que retribuyen los trabajos del actor en uno o varios expedientes determinados, no dejaría el pronunciamiento cosa juzgada acerca de la ley sino del derecho a cobrar ese crédito, supuesto, este último, que dista del propuesto en autos.

Por lo expuesto, el agravio no puede prosperar no sólo porque dicha pretensión no pudo ser tratada por la Cámara sino porque no pudo serlo por ningún órgano del Poder Judicial.

3. En cuanto a la principal pretensión del recurrente, esto es, que "...se declare la inconstitucionalidad de la reglamentación de los arts. 5º y 62, inc. 1º y 4º de la ley 1181 y de los arts. 1º, 5º, 22, disposición transitoria octava, arts. 62, incs. 1º y 4º y art. 67 de ese cuerpo legal..." (fs. 1) que sustentan los otros dos agravios —violación del art. 14 bis, C.N. y del principio igualdad por errónea interpretación de los preceptos de la ley 1181—, aun cuando no se encuentra claramente identificada la relación jurídica involucrada me inclino, dado el tratamiento que le dio la Cámara a dichos planteos y habida cuenta de que no median agravios sobre el punto, por

tener por acreditada la existencia de una 'causa' en los excepcionales términos del punto 2 del voto de la doctora Conde *in re* "Fornasari, Norberto Fabio c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido" (expte. nº 4911/06)", resolución del 18/4/2007, al que cabe remitirse.

Efectuada esa aclaración corresponde adentrarse al análisis de ambos planteos.

3.1. El amparista postula que la obligación de aportar a CASSABA impuesta por el art. 62, incs. 1º y 4º posibilita la lesión del art. 14 bis de la C.N. porque se superpone con la obligación de contribuir que le viene impuesta a través de la ley 24.241 al sistema que esa ley prevé. En este orden de ideas, afirma, que, a diferencia de lo que entendió el *a quo,* existe similitud tanto de las contingencias que buscan cubrir ambos regímenes —jubilación ordinaria, por discapacidad y por invalidez— como en el carácter en virtud del cual debe aportar el ejercicio de la abogacía (conf. fs. 215 vta.).

La Cámara, en lo que ahora importa, sostuvo, a la luz de la doctrina sentada por la CSJN en varios de sus precedentes, que el actor no había acreditado un supuesto de 'superposición de aportes', en tanto las finalidades que perseguían ambos regímenes eran distintos. En tal sentido, señaló que "...por un lado se encuentran las prestaciones que el doctor Lalo debe efectuar al Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones creado por la ley 24.241, que encuentran justificación en su carácter de beneficiario de una jubilación de conformidad con dicho régimen. Se trata, entonces, de una obligación impuesta con carácter de carga legal por el ejercicio de la opción de reasumir su actividad profesional, deber claramente motivado en una exclusiva finalidad de solidaridad previsional con el resto de los aportantes al sistema nacional. Ello así, toda vez que, tal como surge expresamente de la normativa antes transcripta, los nuevos aportes no dan derecho a reajuste o a mejoras en el beneficio originario.// En cambio, los aportes que el amparista debe realizar a la CASSABA —en virtud de lo establecido en los, incs. 1º y 4º del art. [62] y en el art. 72 de la ley 1181— si bien también presuponen un deber de solidaridad previsional (en este caso, con el resto de los afiliados al sistema creado por dicha ley, es decir, con los otros abogados matriculados que ejercen la profesión en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires), éstos se traducen sin embargo en un derecho a concretas y diferenciadas prestaciones que el régimen creado ha previsto para los profesionales afiliados que, no obstante, hayan obtenido una jubilación de acuerdo con otro sistema de seguridad social. Tales aportes se sustentan, sin lugar a dudas, en finalidades distintas a las que justifican los deberes para con el régimen nacional y, en consecuencia, dan derecho a percibir beneficios diferenciados" (fs. 214 vta.).

El razonamiento expuesto no fue rebatido por el recurrente. El amparista se limitó a aseverar que los fines perseguidos por el art. 1º de la ley 24.241 en nada distan con los perseguidos por la ley 1181 y que el origen de la obligación proviene, en ambos supuestos, del ejercicio de la abogacía, sin hacerse cargo de las distinciones que efectuó la Cámara tanto en la calidad en que debe aportar el actor a uno y otro régimen —haber reasumido la actividad profesional y ejercer la

abogacía en la Ciudad— como en las finalidades que persiguen —exclusiva finalidad solidaria y finalidad solidaria para con el resto de los afiliados a CASSABA sumado al derecho a obtener un beneficio, esto es, prestaciones individualizadas y concretas— y, menos aún, demostró que dicho razonamiento sea insostenible a la luz del art. 14 bis de la C.N.

Por lo demás, la obligación de aportar prevista en el art. 34, inc. 2º, de la ley 24.241, en la que se encuentra enmarcado el actor por ser beneficiario del Régimen Previsional Público, tiene cono fin exclusivo colaborar con el "Fondo Nacional de Empleo", es decir, no generan nuevos beneficios para él, situación que dista de la aseveración que efectúa relativa a que sus aportes tiene por objeto alcanzar los fines previstos en el art. 1º de dicha ley (cubrir contingencias de vejez, invalidez y muerte).

3.2. Con relación al planteo dirigido a controvertir la interpretación que le asignó la Cámara a los preceptos de la ley 1181, adhiero al voto del doctor Maier, en cuanto sostiene que la vía elegida no resulta idónea para resolver el conflicto suscitado en autos. Tal como señala mi colega en el punto 3 c) de su voto, la discusión tendente a dilucidar los requisitos que debe cumplir el actor para la obtención de la "jubilación proporcional" es por demás compleja, prueba de ello la constituyen la disparidad de criterios que existió en ambas instancias de grado al momento de tratar la cuestión y el argumento que el recurrente suma a la discusión en esta instancia relativo a la interpretación del art. 17 de la ley 1181 y su proyección en las previsiones de la Disposición Transitoria Octava de dicha norma, que no fue ni propuesto a las instancias de mérito ni valorado por ellas al resolver en el sentido que lo hicieron. Dicho contexto exhibe, como bien señala el doctor Maier, por un lado, la ausencia de una "arbitrariedad o ilegalidad manifiesta" en el acto impugnado y, por el otro, la mayor idoneidad de la vía legislada como ordinaria para el tratamiento de la cuestión, en cuyo marco, el desarrollo de un debate pleno posibilita una discusión acorde con la complejidad del punto en controversia. Consecuentemente, la solución que adopto no implica emitir opinión acerca de la cuestión de fondo, puesto que, de hacerlo, dado el acotado debate que se dio en la causa, quedaría inevitablemente afectado el derecho de defensa de alguna de las partes y, a su vez, el Tribunal quedaría compelido a abordar el tema en un marco inadecuado.

4. Por último, cabe señalar que conforme surge a fs. 239 la Cámara tuvo al CPACF por presentado y no por parte, situación que torna manifiestamente improcedentes los planteos formulados por dicha entidad en tanto no se hallan dirigidos a sustentar la pretensión del actor (ver punto 1 de los resultas), sino que persiguen una distinta, a saber, la declaración de inconstitucionalidad *in totum* de la ley 1181 y el de las normas que se dictaron en su consecuencia (conf. fs. 234, tercer párrafo).

Por ello, habiendo dictaminado el Fiscal General Adjunto, voto por, declarar mal concedido el recurso inconstitucionalidad con relación a los planteos tratados en los puntos 2.1 y 3.1 de este voto y rechazar el recurso de inconstitucionalidad con relación al agravio analizado en el punto 3.2. Costas por su orden (conf. art. 14 de la CCBA).

La jueza Ana María Conde dijo:

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

El juez José O. Casás dijo:

Adhiero al voto de mi colega, doctor Luis F. Lozano, incluido el reenvío que realiza en el punto 3.2. de sus fundamentos al voto del señor juez de trámite, doctor Julio B. J. Maier.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad deducido a fs. 221/228 por el señor Aarón Lalo fue correctamente concedido por la Sala I y corresponde hacerle lugar por las razones que expongo a continuación.

2. Tal como indica la Cámara en el auto interlocutorio que concede el recurso, "la actora señala a fs. 224 vta. pto. 5, el agravio constitucional respecto de la ley 1181 y su reglamentación; el art. 14 bis, 16, 17 de la C.N. y 11, 12, inc. 5º y 44 de la CCBA y expone en su escrito que la sentencia recurrida ocasiona un perjuicio a su derecho de propiedad" (fs. 270 y vta.).

El recurrente aduce que la sentencia impugnada:

- convalida un supuesto de superposición de aportes previsionales que tienen su origen en la misma actividad (el ejercicio de la abogacía), y en tanto los dos regímenes —nacional y local— tienen las mismas finalidades (fs. 225 y vta.),
- lo considera incluido en el régimen previsional local cuando "el propio texto de la norma aplicable desmiente tal aserto (...) [y] en el art. 67 se deja aclarado que en (...) casos [como el de autos] no hay obligación de aportar" (fs. 226),
- revoca en todas sus partes la sentencia de primera instancia sin pronunciarse acerca de si la aplicación del régimen al actor vulnera su derecho a la propiedad privada, en tanto lo obliga a efectuar el aporte previsto por el art. 62, inc. 1º de la ley 1181 a los honorarios devengados con anterioridad a su vigencia, "afectando derechos adquiridos, (...) ya que para la misma época en que se devengaron (...) se efectuaban aportes para el régimen jubilatorio previsto por la ley nacional 24.241" (fs. 227 vta.).

3. En primer lugar corresponde analizar si se verifica en el caso un supuesto de superposición de aportes vedado por el art. 14 bis de la C.N. y 44 de la CCBA.

El actor se encuentra jubilado en el régimen de la ley nacional 24.241, y por haber reingresado a la actividad como abogado autónomo, debe efectuar los aportes previstos en el art. 34, inc. 2º de la mencionada ley. A su vez, el ejercicio de la profesión de abogado en la Ciudad de Buenos Aires determina su afiliación a CASSABA y su consiguiente deber de aportar a ella (art. 5º, ley 1181).

Como bien señala el juez de primera instancia, tanto el sistema nacional de seguridad social creado por la ley 24.241, como el sistema local de la ley 1181 com-

parten la finalidad que persiguen, y establecen básicamente las mismas prestaciones (conf. arts. 1º y 17 de la ley 24.241, y arts. 1º, 7º y 8º de la ley 1181). Coincido con el juez Zuleta, cuando afirma que "toda vez que la obligación de contribuir a dos cajas de similar finalidad por una misma actividad se encuentra en pugna con el principio consagrado en el art. 14 bis de la C.N., que veda la superposición de aportes, y que (...) el actor no puede optar por el régimen local, por encontrarse ya jubilado (...) no corresponde que el ente demandado (CASSABA) exija el pago de los aportes establecidos en la ley local 1181 con el único fundamento de la solidaridad del régimen previsional, pues este fundamento ya genera el aporte al que el amparista pertenece y del que no puede salir" (fs. 152 vta.).

Por otra parte, tampoco resulta satisfactoria la postura de la Cámara que sostiene que el aporte a CASSABA reconoce como causa la prestación prevista en la disposición transitoria octava de la ley 1181 (jubilación proporcional para los casos de matriculados beneficiarios de jubilación otorgada por otro régimen), en atención a que, como se verá, la obtención de dicho beneficio es disponible para el afiliado. Para la obtención de esta prestación la ley exige el cumplimiento del aporte mínimo anual obligatorio —en adelante AMAO— (disposición transitoria octava). Sin embargo, quienes se hayan jubilado en otros regímenes están expresamente exentos de esa obligación (conf. art. 67, inc. 4º). En consecuencia, acierta nuevamente el juez citado cuando establece que "[r]esulta claro, entonces, que, al no estar obligado a aportar lo necesario para percibir tal beneficio, no puede ser esa la justificación para exigirle los pagos previstos por el art. 62, incs. 1º y 4º de la ley 1181. (...) [P]uesto que acceder a la prestación adicional es optativo para el jubilado reingresante, parece que, en caso de que no estuviese interesado en obtenerla, y por ende no cubriera los aportes mínimos necesarios al efecto conforme el derecho que le acuerda el art. 67, inc. 4º de la ley 1181, los aportes que pudiese hacer sólo estarían basados en su reingreso a la actividad, y, en ese caso, no veo diferencia con la finalidad que tienen los que el actor ya hace al SIJP, y que están basados, como dice el Fiscal, en la solidaridad del sistema" (fs. 152 vta.).

En definitiva, exigirle al actor el pago de los aportes contemplados en los incs. 1º y 4º del art. 62 de la ley 1181, en tanto éstos son anticipos del AMAO (art. 65), contraría el derecho de no cubrir el AMAO que le concede el art. 67 de la misma ley. Y además, en tanto la prestación de la disposición transitoria octava es disponible, en los casos como el de autos, en los que el actor no está interesado en obtener el beneficio, obligarlo a efectuar los aportes mencionados configura un supuesto de doble imposición por la misma actividad, toda vez que, como bien señala el juez de primera instancia, "los aportes a CASSABA no pueden tener justificación si no es en función de un futuro —aunque eventual— beneficio" (fs. 153).

4. En cuanto al agravio señalado en el punto 1.c), la actora señala que "la Cámara ha revocado en todas sus partes la sentencia de primera instancia sin pronunciarse acerca de este punto, incurriendo así en lo que la Corte Suprema define como arbitrariedad de sentencia recaída, ya que así se afecta claramente el derecho

de defensa de la parte actora (art. 18 de la C.N.) y consecuentemente el derecho de propiedad (art. 17, C.N. y art. 12, inc. 5º, CCBA)" (fs. 227).

El punto XI del fallo de primera instancia resuelve fundadamente y de forma independiente el planteo del actor que sostiene que la aplicación del aporte establecido en el art. 62, inc. 1º de la ley 1181 a honorarios generados con anterioridad a su vigencia implica la aplicación retroactiva de la norma, y configura otro supuesto de doble imposición tributaria.

Ni la apelación de CASSABA ni la del Ministerio Público Fiscal expresan agravios en torno a este punto, lo que a su vez explica que, tal como afirma el recurrente, la Cámara no se haya expedido al respecto. Sin embargo, la Sala I revoca la sentencia de primera instancia en su totalidad. Esta omisión de la Cámara motiva la aclaratoria interpuesta por el actor a fs. 218, la cual es rechazada sin dar argumentos que justifiquen el rechazo a fs. 220.

Toda vez que los límites de la competencia de la Cámara están delineados por los agravios de los apelantes, la Sala I no estaba habilitada para revocar la sentencia de primera instancia en este punto. En consecuencia, en lo que a él respecta, el decisorio del juez de primera instancia ha quedado firme. Lo contrario implicaría convalidar un decisorio que avanza sobre derechos adquiridos por el actor violando sus derechos de propiedad y de defensa; y que desconoce el principio de división de poderes.

Esto sólo basta para eximirme de la obligación de pronunciarme respecto del fondo del agravio. Pero, aun cuando se entendiera que la sentencia de segunda instancia al revocar *in totum* la dictada por el juez Zuleta tiene eficacia respecto del punto que vengo tratando, desde esta perspectiva la cuestión también debiera resolverse a favor del recurrente, por las razones que indico a continuación.

El ámbito temporal de aplicación del aporte regulado en el art. 62, inc. 1º, que determina el agravio del recurrente, está dado por la reglamentación de la ley 1181 que fuera aprobada por resol. 004-A/05 de la Asamblea de Representantes de CASSABA, que carece de toda validez.

Tal como dijera en el precedente "Fornasari, Norberto Fabio c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido (expte. nº 4911/06)", a cuyos fundamentos me remito, "la ley 1181 no confirió a ninguno de los órganos de la entidad creada aptitud para reglamentar la ley en un rango equivalente al de un decreto que solo pudo emitir el Jefe de Gobierno. (...) Una lectura atenta del art. 120 de la ley muestra que las facultades de la Asamblea de CASSABA están orientadas a la puesta en marcha, organización interna y funcionamiento operativo de la institución. Esos son los límites legales que no incluyen, ni podrían hacerlo, la sustitución del Poder Ejecutivo local en materia de reglamentación de la ley". En consecuencia, en el precedente citado sostuve que "CASSABA excedió el marco establecido en la ley 1181 al reglamentar del modo y con la extensión que lo hiciera, [puesto que] (...) la ley 1181 no confiere (ni hubiese podido hacerlo por razones de índole constitucional) a ninguno de los órganos de CASSABA atribuciones para reglamentar ese texto legal. (...) Al reglamentar la

ley, CASSABA ha obrado con prescindencia de los marcos institucionales fijados por el orden constitucional vigente en la Ciudad". También desde esta perspectiva y como lo adelantara más arriba, corresponde reconocer el derecho del actor.

5. Con apoyo en las consideraciones que anteceden voto por: *a)* admitir el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por Aarón Lalo a fs. 221/228; *b)* revocar la sentencia de la Sala I de la Cámara CAyT que rechazó el amparo; *c)* confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró "la inconstitucionalidad e inoponibilidad a su respecto de los arts. 5º y 62, incs. 1º y 4º de la ley 1181 y la reglamentación correspondiente", y *d)* imponer las costas a la vencida.

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el señor Fiscal General Adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* mal concedido el recurso inconstitucionalidad con relación a los agravios señalados en los puntos 2.1 y 3.1 del voto del juez Luis F. Lozano y *rechazar* el recurso de inconstitucionalidad con relación al agravio analizado en el punto 3.2 de ese voto.

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

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva.

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

XL

"BALLATORE, JUAN ALBERTO S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'BALLATORE, JUAN ALBERTO C/GCBA S/DAÑOS Y PERJUICIOS (EXCEPTO RESP. MÉDICA)'"

RECURSO DE QUEJA. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD. MANDATARIO DE LA EX MUNICIPALIDAD DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES: Revocación del mandato. Indemnización. Percepción de deudas fiscales.

SUMARIOS:

1. Los jueces no están obligados a tratar todas y cada una de las alegaciones de las partes, ni todos los hechos probados en la causa, pues la ponderación de la pertinencia y relevancia de esos hechos y proposiciones para la correcta solución de la controversia corresponde —por regla general— a los jueces de las instancias de mérito, salvo que la sentencia se desentienda de considerar cuestiones relevantes

para la decisión de la causa. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhieren los señores jueces José O. Casás, Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

2. Cabe hacer lugar a los recursos de queja e inconstitucionalidad desde que decidir si el contrato de mandato para percibir créditos fiscales fue revocado lícita y oportunamente por la Administración, o si, por el contrario ya había operado la resolución por culpa del Estado y sin culpa del actor, tiene incidencia directa en la pretensión de indemnización consignada en la demanda. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

Expte. nº 5454/07 - 12/3/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El abogado Juan Alberto Ballatore inició, ante la justicia nacional en lo civil, una demanda contra la ex Municipalidad de Buenos Aires, tendiente al cobro de la indemnización de $ 428.000, intereses y costas, en concepto de lucro cesante, daño moral y pérdida de posibilidades resultante de la denuncia que él efectuara del contrato de mandato para la percepción de créditos fiscales, atribuyendo exclusiva responsabilidad a la ex Municipalidad (fs. 1/20 y 38/40, autos principales).

La demandada solicitó su rechazo (fs. 146/160 vta., autos principales).

2. Declarada la incompetencia de la jurisdicción nacional (fs. 480/481, autos principales), la causa se radicó en los tribunales del fuero en lo contencioso-administrativo y tributario local (fs. 502, autos principales).

La jueza de primera instancia rechazó la demanda (fs. 524/528 vta., autos principales).

3. Ambas partes y el perito actuario apelaron este pronunciamiento (fs. 533, 535 y 542, autos principales), pero, en lo que interesa al recurso ante el TSJBA, la actora expresó agravios (fs. 557/563, autos principales) que fueron contestados por la Procuración General de la Ciudad (fs. 574/576 vta., autos principales).

La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario resolvió "rechazar íntegramente el recurso deducido por el demandante y, en consecuencia, confirmar —en todas sus partes— la sentencia de grado. Con costas de ambas instancias a la vencida" (fs. 578/583 vta., autos principales).

4. Frente a esta decisión, la parte actora interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 586/592 vta., autos principales). El recurso fue contestado por la Procuración General, quien se opuso a su admisibilidad y procedencia (fs. 597/603, autos principales).

La Cámara denegó la concesión del recurso porque: "De los propios términos de la sentencia cuestionada, surge que, en lo sustancial, fueron objeto de tratamien-

to y decisión en ella cuestiones de hecho y la inteligencia asignada a normas del dec. 2237/93, del Código Civil en sus disposiciones relativas al contrato de mandato y sus efectos. Es decir, materias propias de derecho común. Asimismo se tuvo en consideración la incidencia de los precedentes jurisprudenciales contemplados en los respectivos votos. // Los argumentos expuestos versan sobre la inteligencia asignable a normas infraconstitucionales, no brindan una crítica concreta y razonada de lo decidido, procediendo a la transcripción de precedentes jurisprudenciales sin explicación ni demostración de la vinculación de la doctrina de ellos con el supuesto de autos. La impugnación efectuada no logra demostrar y conformar, en forma precisa y detallada, un efectivo caso constitucional, a través de una construcción que desvirtúe las consideraciones y fundamentaciones contenidas en el decisorio. Más allá de su acierto o no, brinda el suficiente sustento del resultado que propicia, pudiendo merecer críticas, pero no la descalificación pretendida por el recurrente" (fs. 605/607, autos principales).

5. Contra este rechazo, la actora acude en queja ante el Tribunal (fs. 52/57, este expediente).

6. El señor Fiscal General Adjunto propicia que el Tribunal rechace la queja ya que "ella reitera los defectos que ya contenía el recurso de inconstitucionalidad, pues —en ambas ocasiones— no ha logrado exponerse fundadamente un caso constitucional, conforme lo establece el art. 27 de la ley 402, sino mas bien incluyen un reproche genérico de la sentencia recurrida y una mera mención de disposiciones constitucionales" (fs. 69/71 vta. de estos autos).

FUNDAMENTOS:

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. El recurso de queja fue planteado en tiempo oportuno y forma adecuada, contiene la crítica del auto denegatorio dictado por la alzada y efectúa planteos de naturaleza constitucional vinculados con la afectación del derecho de defensa ocasionados por la consideración errónea de la cuestión litigiosa por los jueces de las instancias anteriores. La parte recurrente afirma que la sentencia de la Cámara contiene "un claro apartamiento de los hechos de la causa que nulifica el decisorio" al "afirmar que la vinculación entre las partes cesó por voluntad unilateral de la Administración (rescisión del contrato)" (fs. 41 vta.), cuestión ésta que no integró el objeto litigioso, con lo que se habría afectado el principio de congruencia, corolario del derecho de defensa. Con ese alcance, la queja debe ser admitida y el recurso de inconstitucionalidad, considerado.

2. El actor fue uno de los abogados a los que el intendente de la ex Municipalidad de la Ciudad seleccionó como mandatario para llevar a cabo las cobranzas extrajudiciales y judiciales de los créditos fiscales en mora correspondientes al ejercicio 1989 y siguientes, conforme al régimen aprobado por el dec. 2237/93. Pocos meses después dichas cobranzas fueron suspendidas y finalmente la percep-

ción de esa deuda fiscal y siguientes 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.

Desde la demanda el actor expresó que "denunció" el contrato por no cumplir la ex Municipalidad con las obligaciones pactadas, transcribiendo la carta documento que dirigiera a tal fin el 5/4/2006 (fs. 12 y vta., autos principales) y la respuesta recibida (fs. 13, autos principales). Por su parte, la demandada, en el escrito en que opuso la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa previa, reseña la citada carta documento (afirma que "el actor ha renunciado a su condición de mandante"), la contestación brindada por la Administración y la réplica del actor (fs. 51 vta., autos principales). En la contestación de la excepción el abogado Ballatore refutó la caracterización de su conducta como "renuncia" e insistió en que formuló la "denuncia" del contrato (fs. 57, autos principales) y remarcó que "no estoy pidiendo la revocación de un acto administrativo, sino una indemnización derivada de un incumplimiento contractual" (fs. 58 vta., autos principales). También en su alegato insistió en que la demandada "jamás cumplió en forma acabada con su obligación" (fs. 515, autos principales).

La sentencia de primera instancia no trató esta cuestión. En el considerando II la señora jueza afirmó: "*II.* Ahora bien, estamos entonces ante un contrato administrativo, el cual resulta atípico (...) Ese contrato como antes se dijo se encuentra establecido en el dec. 2237/93 (...) Cabe destacar que dicho decreto establecía expresamente en su art. 12 la aplicación a las relaciones entre las partes de las normas del contrato de mandato del Código Civil, en particular, a aquellos aspectos que no se encuentren regulados por el mismo especialmente por lo que la aplicación de la norma civil tiene carácter subsidiario. Ubicados en este contexto cabe analizar si las normas aplicables, tanto en forma directa como subsidiaria, contemplan algún remedio que sustente *la pretensión indemnizatoria de la actora ante la suspensión del contrato que vinculaba a las partes no obstante que en realidad estamos no ante una suspensión sino una verdadera rescisión contractual puesto que la demandada volvió a contratar cobradores fiscales para la gestión judicial y extrajudicial de la deuda en mora, sin reanudar respecto de la actora, los derechos y obligaciones que emergían del contrato que les vinculara* (...) Se torna necesario en este punto considerar si el ejercicio de la potestad resarcitoria [rectus: rescisoria] ha sido legítima, sin que se pueda desconocer que tal facultad corresponde a la Administración, en el caso, por la remisión del art. 12 del dec. 2237/93, que permite como en un contrato de mandato, disponer unilateralmente la extinción del vínculo". (fs. 525 vta./526, autos principales, sin negritas en el texto original).

Al responder este interrogante, se afirma en la sentencia que "...tratándose de uno de los rubros más importantes de los ingresos públicos, no puede concebirse que la ex Municipalidad siquiera haya considerado la posibilidad de renunciar a la facultad de revocar el mandato que confería a los cobradores fiscales. (...) // Sentado ello así, la conclusión no puede ser otra que la Administración podía resolver el contrato en cualquier momento. (...) // Así pues no estando regulado específicamente

en el decreto mencionado el supuesto de que la Administración decidiera extinguir el contrato, corresponde remitirse al Código Civil dado el reenvío efectuado por el art. 12 del decreto citado. De acuerdo a las mismas el mandante puede revocar por voluntad unilateral y según su libre arbitrio (art. 1970 del Cód. Civil). Si esta cláusula es válida con relación a un contrato entre particulares, no lo es menos cuando una de las partes, como en el presente caso, es la Administración. Cabe recordar que *la potestad de extinguir los contratos es un contenido normal del régimen exorbitante al cual no obstante no necesita acudir en este caso la ex Municipalidad ya que las normas de derecho privado al que ambas partes se sometieron, voluntariamente y sin objeciones, admiten dicha revocación que puede ser ejercida en forma lícita y discrecional por el mandante según el art. 1970 del Cód. Civil."* (fs. 526 y vta., autos principales, sin destacar en el texto original).

El actor puso de resalto la confusión en la apreciación de la cuestión litigiosa al expresar agravios ante la Cámara (fs. 557, autos principales). No obstante ello, la sentencia de la Sala II tampoco se detuvo en este planteo. El primer voto (juez Centanaro) al respecto afirmó: "10. En este marco y teniendo en cuenta las manifestaciones de ambas partes, es posible afirmar que la vinculación entre ellas cesó por voluntad unilateral de la Administración; es decir, por revocación —modo extintivo de ejercicio unilateral en los casos que la ley autoriza (Gastaldi, José María: *Contratos*, t. II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 123)— y *no como —equivocadamente— se afirma, que la relación contractual fuera rescindida"* (fs. 580 vta., autos principales, sin destacado en el texto original). Y el voto de los jueces Daniele y Russo refiere a "las potestades que el ordenamiento jurídico concede a la administración con relación a la revocación de los actos por razones de oportunidad" (fs. 582 vta., autos principales) .

3. Como es sabido, los jueces no están obligados a tratar todas y cada una de las alegaciones de las partes, ni todos los hechos probados en la causa (*Fallos,* 310:1835, 2012). También lo es, que la ponderación de la pertinencia y relevancia de esos hechos y proposiciones para la correcta solución de la controversia corresponde —por regla general— a los jueces de las instancias de mérito. Sin embargo, cabe hacer excepción a dicha regla cuando la sentencia se desentiende de considerar cuestiones relevantes para la decisión de la causa, como ha ocurrido en el caso.

Cualquiera que sea el alcance que corresponda asignar a la mencionada "denuncia" del contrato efectuado por el actor el 5/4/1995 —invocando el incumplimiento de la Administración de las obligaciones por ella asumidas—, las sentencias no han expresado las razones por las que no le han reconocido virtualidad jurídica alguna. En primera instancia, la jueza consideró que la primigenia suspensión se convirtió en una verdadera rescisión del contrato por la Administración; la Cámara, por su parte, expresa que la vinculación entre las partes cesó por revocación del mandato o del acto administrativo. Mas en ninguna de esas decisiones se toma en consideración las comunicaciones dirigidas por el actor a la Administración y las respuestas por ella brindada; tampoco se ha tenido en cuenta la fecha en que se

produjeron y el contexto normativo vigente en cada oportunidad. No se trata de una cuestión menor, ya que decidir si el acto fue revocado lícita y oportunamente por la Administración, o si, por el contrario ya había operado la resolución por culpa del Estado y sin culpa del actor, tiene incidencia directa en la pretensión de indemnización consignada en la demanda.

Lo dicho no implica un reconocimiento acerca del derecho del actor a ser resarcido, ni sobre la procedencia del lucro cesante, el daño moral y la pérdida de posibilidades que él reclama, ni sobre la cuantía en que los ha estimado. Mas me parece indiscutible que la decisión que admita o rechace su demanda, debe efectuar la debida ponderación del objeto litigioso por él planteado.

4. Aunque el actor requiere que el Tribunal dicte sentencia sobre el fondo, considero que la causa debe ser devuelta a la Cámara para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento que trate las cuestiones de hecho y derecho infraconstitucional —ajenas por regla a la consideración de este Tribunal— involucradas en la decisión de la controversia, sobre las que no se ha efectuado un análisis suficiente por las instancias de mérito.

5. Por las razones expuestas voto por hacer lugar a los recursos de queja e inconstitucionalidad planteados por el abogado Juan Alberto Ballatore, revocar la sentencia de fs. 578/583 vta., autos principales, y remitir las actuaciones a la Cámara para que dicte nueva sentencia. Las costas del recurso de inconstitucionalidad deben ser impuestas a la vencida (art. 62, CCAyT).

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

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

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso directo interpuesto por los actores a fs. 52/57 fue deducido en tiempo y forma, y se dirige contra la decisión interlocutoria que denegó el recurso de inconstitucionalidad. Sin embargo, no puede ser admitido.

2. Los miembros de la Sala II denegaron el acceso al Tribunal. En apoyo de su decisión dijeron: "[d]e los propios términos de la sentencia cuestionada, surge que, en lo sustancial, fueron objeto de tratamiento y decisión en ella cuestiones de hecho y la inteligencia asignada a normas del dec. 2237/93, del Código Civil en sus disposiciones relativas al contrato de mandato y sus efectos. Es decir, materias propias de derecho común" (fs. 49). Asimismo, consideraron que "[l]os argumentos expuestos versan sobre la inteligencia asignable a normas infraconstitucionales, no brindan una crítica concreta y razonada de lo decidido" (fs. 49). Finalmente sostuvieron que el recurrente formuló sus citas y planteos constitucionales en forma genérica, "en tanto su específico contenido no se relaciona o fundamenta adecuada y lógicamente con los hechos y las normas legales contempladas y aplicadas en el decisorio" (fs. 49 vta.).

3. En la queja que obra a fs. 52/57, la actora no intentó desvirtuar los argumentos que da la Sala II en el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad.

En efecto, si bien el recurrente dice que "es indispensable que el quejoso exprese los fundamentos por los que sostiene la ilegitimidad de la denegación del recurso" (fs. 52 vta.), y que "constituye una carga procesal suministrar (...) las razones por las cuales considera errónea la denegación" (fs. 54), en ningún momento se detiene a hacerlo. Por el contrario, tal como señala el señor Fiscal a fs. 70 y vta., el presentante se limita a transcribir gran parte del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad (fs. 53/54), para luego ingresar directamente en el tratamiento del fondo del asunto. En este sentido, en casos en los que —como en el presente— el tribunal *a quo* expuso las razones que motivaron la decisión denegatoria, más allá de su acierto o desacierto, la afectada debe hacerse cargo de ellas.

La presentación directa ante este Tribunal, entonces, no se dedica a fundar la habilitación de instancia que persigue.

Como he dicho reiteradas veces, es requisito necesario de la queja que ella contenga una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad (conf. TSJBA *in re* "Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa 665-CC/2000— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 865, resolución del 9/4/2001).

En síntesis, el escrito de fs. 52/57 no constituye, técnicamente, un recurso de queja y éste es el único medio que habilita al Tribunal a evaluar la procedencia del recurso de inconstitucionalidad denegado porque —como es sabido— no está procesalmente prevista su interposición directa ante los jueces con competencia para tratarlo. Por tanto, las deficiencias de la presentación del señor Ballatore definen su rechazo.

4. En atención a las razones expuestas, voto por no hacer lugar a la queja.

Por ello, emitido el dictamen del señor Fiscal General Adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Hacer lugar* a los recursos de queja e inconstitucionalidad planteados por Juan Alberto Ballatore, revocar la sentencia de fs. 578/583 vta., autos principales, y remitir las actuaciones a la Cámara para que dicte una nueva sentencia.

2º. *Imponer* las costas del recurso de inconstitucionalidad a la parte vencida.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique, se agregue esta queja al expediente principal y, oportunamente, se devuelva al Tribunal de origen.

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

XLI

"MORENO, CARLOS ENRIQUE S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'MORENO, CARLOS ENRIQUE C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)'"

RECURSO DE QUEJA: Arbitrariedad de sentencia. Cuestiones de hecho y prueba. Amparo. Agentes públicos. Potestad disciplinaria de la Administración. Control judicial. Ley 1225. Violencia laboral. Acoso laboral. Aplicación de sanciones al superior jerárquico.

SUMARIOS:

1. Debe rechazarse el recurso de queja pues el control de las sentencias que el Tribunal efectúa por vía del recurso de inconstitucionalidad requiere, ineludiblemente, la existencia de una lesión constitucional (art. 113, inc. 3º, CCBA*). (Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces José O. Casás, Ana María Conde y Julio B. J. Maier).*

2. La causal de arbitrariedad debe ser autónoma, exponiendo, necesariamente, la afectación de principios o reglas de la Constitución para que el Tribunal se encuentre habilitado para intervenir en el caso. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces José O. Casás, Ana María Conde y Julio B. J. Maier).*

3. La circunstancia de que la decisión de la Cámara no fuera satisfactoria para la recurrente no importa afectación del debido proceso ni la defensa en juicio, ni habilita a calificar al fallo como arbitrario. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces José O. Casás, Ana María Conde y Julio B. J. Maier).*

4. Las cuestiones de hecho y prueba, 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. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces José O. Casás, Ana María Conde y Julio B. J. Maier).*

5. Las instancias de mérito debieron establecer si la competencia del art. 9º de la ley 1225 fue otorgada en calidad de función administrativa o jurisdiccional, más aun cuando el art. 7º dispone que las conductas que prohíbe serán "sancionadas con suspensión de hasta 30 días, cesantía o exoneración, sin prestación de servicios ni percepción de haberes", al tiempo que el art. 8º dispone que para la aplicación de las "sanciones disciplinarias que pudieren corresponder rige el procedimiento establecido por el art. 51 y ss. de la Ley 471 de Relaciones Laborales en la Administración Pública", extremos que dan la pauta de que se trata de la potestad disciplinaria que la administración tiene respecto de sus agentes (típica función administrativa). *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

6. Corresponde a la Administración el ejercicio de la potestad disciplinaria a su cargo y, la actuación judicial deberá, a su turno, ceñirse simplemente a controlar la legitimidad de la eventual decisión administrativa. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

7. El poder disciplinario de la administración, si bien en algún caso puede ser objeto de control judicial, cuando es aplicado erróneamente, no debe ser objeto de una orden judicial de aplicación, como si los órganos judiciales suplieran la inactividad del administrador. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

8. La arbitrariedad de una sentencia judicial puede constituir un caso constitucional si por contener tal vicio la decisión afecta el derecho de defensa y el debido proceso, en tanto ellos garantizan —entre otras cosas— el derecho a una decisión fundada en ley, el respeto de la jerarquía normativa vigente y del principio de congruencia (arts. 17 y 18, C.N. y 27, inc. 4º, CCAyT). *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 5450/07 - 12/3/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Carlos Enrique Moreno, agente dependiente del área de Fiscalización de la Dirección General de Contaduría del GCBA (en adelante, GCBA), dedujo una demanda de amparo contra el Gobierno local para que se apliquen las sanciones previstas en la ley 1225, a raíz de las conductas discriminatorias y de violencia laboral que afirmó padecer de parte de su superior jerárquico Fernando Jorge Etcharrán —resistencia a asignarle, al reintegrarse a sus funciones, las tareas que realizaba al momento de iniciar una licencia por enfermedad; disminución del lugar físico de trabajo y no asignación de una computadora; no información de las claves de acceso a las máquinas del sector; no facilitarle las llaves de los muebles en que se reservaban los archivos; se le encomendó solamente una verificación de ingresos, en carácter de acompañante de otro agente— y de la incorrecta tramitación dada a la denuncia que efectuara, al violarse por parte del director general Horacio Gamero la reserva de identidad del denunciante establecida por la ley (fs. 1/4 vta., expediente principal).

2. El GCBA mediante el informe de fs. 73/86 contestó el traslado conferido. Se opuso a la procedencia del amparo y, además, lo consideró extemporáneo. También señaló que la pretensión del actor se dirigía a que se ordene al GCBA que aplique una sanción a un tercero a quien no se le da la oportunidad de ser oído (fs. 74/86, expediente principal).

3. El juez de primera instancia dispuso hacer comparecer al juicio a los señores Fernando Jorge Etcharrán y Horacio Gamero, quienes no habían sido demandados por el actor (fs. 280/281 vta., expediente principal).

Fernando Jorge Etcharrán se presentó, contestó la demanda y solicitó su rechazo (fs. 305/310, expediente principal). También Horacio Gamero dio contestación al amparo y requirió su rechazo (fs. 341/346, expediente principal)

4. La sentencia de primera instancia dispuso "1º. *Hacer* lugar a la acción de amparo promovida por el Actor con costas a la demandada (art. 62, CCAyT). 2º. *Ordenar* al GCBA aplicar al señor Director General de la Subsecretaria de Gestión y Administración Financiera, Secretaria de Hacienda y Finanzas las sanciones previstas en el art. 9º de la ley 1225. 3º. *Ordenar* al Director General de Contaduría restablezca al amparista las tareas y funciones que fueran asignadas por disposición 273-DGC/01. 4º. *Ordenar* al Director General de Contaduría del Área de Fiscalización provea al Amparista las herramientas de Trabajo adecuadas a las funciones que realiza, asignándole escritorio y computadora. 5º. *Ordenar* al GCBA poner en conocimiento de las dependencias de la Administración Pública lo aquí resuelto y la publicación de la sentencia en su texto íntegro en el *Boletín Oficial de la Ciudad* (conf. art. 10 de la ley 1225). 6º. *Poner* en conocimiento de lo aquí resuelto a la Asociación Trabajadores del Estado (ATE)" (fs. 453/462 vta., expediente principal).

5. El GCBA, Etcharrán y Gamero apelaron la sentencia (fs. 470/477; 478/485 y 486/488, expediente principal).

La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario resolvió "revocar la sentencia apelada y rechazar el amparo, con costas en el orden causado...".

En los fundamentos de la decisión la Sala afirmó "*7.* Que a la hora de valorar la prueba, el art. 310 del CCAyT recoge la tradicional fórmula de la sana crítica. Es en este punto que el tribunal no comparte los razonamientos que han llevado al señor juez de la anterior instancia a encuadrar la situación fáctica en las normas y conceptualizaciones esbozadas. En el caso, creemos que las conclusiones del a quo no encuentran apoyo en la prueba rendida en autos, ni en medios de información que puedan ser fiscalizados por este tribunal. En particular, no compartimos lo relativo a una supuesta incidencia de la calidad de representante gremial del actor como móvil de la violencia psicológica supuestamente ejercida, no esbozado por el actor en pieza alguna de este expediente judicial"; y agregó "*9.* (...) Asimismo, deben diferenciarse las relaciones conflictivas generadas por todos los actores, de la tipología que describe la ley 1225, toda vez que esa normativa no tutela cualquier desacuerdo o dificultad laboral sino sólo las allí previstas y que componen, como tales, su campo de aplicación. En el caso bajo análisis, más allá de algunas contradicciones en las declaraciones testimoniales, no se cuenta con prueba alguna que aporte datos de que las cosas hayan sucedido tal como relató el actor; por ello, corresponde dejar sin efecto la sentencia que hizo lugar al amparo. Es que se impone desechar los móviles hallados por el juez para fundar la supuesta violencia laboral, ya que, como se indicó, todo lo relativo a una posible persecución fundada en la actividad sindical del reclamante no ha sido mencionado en la demanda" (fs. 511/517 vta., expediente principal).

6. El actor interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 521/537, expediente principal), que fue contestado por los demandados postulando su rechazo (fs. 548/550, fs. 552/558 y fs. 559/565, expediente principal).

La Sala denegó su concesión. Consideró que "De la sentencia recurrida surge que los temas tratados versaron sobre los hechos controvertidos, la valoración de la prueba producida, la inteligencia asignada al principio de la sana crítica y las normas procesales correspondientes. Es decir, todas materias de derecho común. La decisión adoptada fue producto del análisis de las constancias de la causa, de la prueba existente, del total de los planteos y defensas articuladas por las partes, resolviendo las cuestiones litigiosas con fundamento en las disposiciones legales que las rigen. En tal contexto, los argumentos expuestos aparecen referidos exclusivamente al disenso en la estimación de la prueba producida, pretendiendo su revisión en un intento de acudir a una tercera instancia. No resulta que se logre demostrar y conformar, en forma precisa y detallada, un efectivo caso constitucional, a través de una construcción que desvirtúe las consideraciones y fundamentaciones contenidas en el decisorio".

7. El actor planteó ante el Tribunal la queja que tramita en estos autos (fs. 56/61 vta.).

Requerido su dictamen, el señor Fiscal General Adjunto propició el rechazo de la queja, con fundamentos coincidentes a los señalados por la Cámara (fs. 68/70 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. El recurso de queja planteado en tiempo y forma por el señor Carlos Enrique Moreno no puede prosperar.

2. Aunque el actor afirma en la queja que "la autonomía del recurso por arbitrariedad (...) no reclama de ninguna manera que la impugnación se dirija a cuestiones de derecho en las que se ponga en tela de juicio la validez de una norma o principio constitucional" (fs. 60 vta.), lo cierto es que el recurrente menciona que las diversas infracciones "a las reglas de sentencia" que atribuye a las decisiones de la Cámara "colocaron y colocan a las parte actora en un sumo grado de indefensión impidiéndole ejercer su derecho a defensa en juicio" (fs. 61), garantía ésta que junto con la del debido proceso son mencionadas al efectuar la reserva del caso federal (fs. 61 vta.).

Es que, el control de las sentencias que el Tribunal efectúa por vía del recurso de inconstitucionalidad requiere, ineludiblemente, la existencia de una lesión constitucional (art. 113, inc. 3º, CCBA). De tal forma, la causal de arbitrariedad carece de la "autonomía" que pregona el recurrente y debe, necesariamente, exponer la afectación de principios o reglas de la Constitución para que el Tribunal se encuentre habilitado para intervenir en el caso —véase mi voto *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado" en "Iudica, Mariana Esther c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)", expte. nº 2952/04, sent. del 3/11/2004.

Ahora bien, la mera mención de disposiciones o principios constitucionales resulta insuficiente para fundar un caso constitucional, exigido por el art. 27, ley 402.

De acuerdo con reiterada jurisprudencia del Tribunal, la referencia ritual a derechos, principios 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 (*in re* "Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja", expte. nº 131/99, resolución del 23/2/2000, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. II, pp. 20 y ss.).

3. Como es sabido, los jueces no están obligados a tratar todas y cada una de las alegaciones de las partes, ni todos los hechos probados en la causa (*Fallos,* 310:1835, 2012). También lo es, que la ponderación de la pertinencia y relevancia de esos hechos y proposiciones para la correcta solución de la controversia corresponde —por regla general— a los jueces de las instancias de mérito.

El recurrente atribuye al fallo que resolvió la apelación desconocer o apartarse de ciertas pruebas y haber dado relevancia a otras (fs. 58), interpretarlas caprichosamente (fs. 58 vta.), invocar prueba inexistente (fs. 59) y eludir la aplicación del art. 11 de la ley 1225 sin dar razón plausible para ello (fs. 58 vta.). Sin embargo, el recurso no logra demostrar la falta de razonabilidad en la selección o en la valoración de la prueba. Cuanto más, la selección de diversos testimonios y la diferente valoración que de ellos efectuaron los jueces de las dos instancias anteriores pone en evidencia que existe una situación de conflicto entre el actor y el señor Etcharrán; pero ello no logra demostrar que la conducta que Moreno atribuye a Etcharrán constituya, manifiestamente —como lo exige el amparo—, alguno de los supuestos contemplados en la ley 1.225.

De tal forma, la circunstancia de que la decisión de la Cámara no fuera satisfactoria para la recurrente no importa afectación del debido proceso ni la defensa en juicio, ni habilita a calificar al fallo como arbitrario.

4. 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" [*in re*: "Falbo de Martínez, Palmira s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado" en "Falbo de Martínez, Palmira c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)", expte. nº 1923/02, sent. del 19/2/2003].

Las constancias acompañadas a la queja y la compulsa de los autos principales permiten afirmar que, más allá de su acierto o error, la sentencia de la Cámara se encuentra suficientemente fundada a partir de ciertas circunstancias comprobadas de la causa, cuya selección y valoración no se demuestra irrazonable. Por consiguiente, el recurrente no logra demostrar la arbitrariedad de la decisión recurrida.

5. Lo expuesto basta para rechazar la queja planteada por el señor Carlos Enrique Moreno, sentido en el que voto.

No obstante, aun cuando este resultado, unido a la ausencia de reparos del GCBA a lo largo del debate tornan innecesario analizar aquí lo relativo a la legitimación del actor y a la clase de función estatal que la aplicación del art. 9º de la ley 1225 importa, vale señalar brevemente que establecer si la determinación de responsabilidad en los términos del mencionado art. 9º es una función de naturaleza administrativa o jurisdiccional, así como si el actor se encontraba legitimado para entablar este reclamo, eran cuestiones por las que debieron pasar de oficio las instancias de mérito.

La pretensión del actor fue formulada en términos tales que solicitaba la aplicación de la ley 1225 (fs. 1), lo que fue interpretado por los jueces de mérito en el sentido de que, entre otras cosas, solicitó obtener una condena sin que mediara un pronunciamiento administrativo previo.

Para pronunciarse, las instancias de mérito debieron establecer si la competencia del art. 9º de la ley 1225 fue otorgada en calidad de función administrativa o jurisdiccional. Tanto más necesaria era dicha disquisición cuando el art. 7º de la ley 1225 dispone que las conductas que prohíbe serán "sancionadas con suspensión de hasta 30 días, cesantía o exoneración, sin prestación de servicios ni percepción de haberes", al tiempo que el art. 8º dispone que para la aplicación de las "sanciones disciplinarias que pudieren corresponder rige el procedimiento establecido por el art. 51 y ss. de la Ley 471 de Relaciones Laborales en la Administración Pública", extremos que dan la pauta de que se trata de la potestad disciplinaria que la administración tiene respecto de sus agentes (típica función administrativa).

En este orden de ideas, si la función es administrativa, nunca pudo haber un pronunciamiento acerca de la pretensión, sino simplemente un control de lo eventualmente decidido. En cambio, si la función es considerada jurisdiccional, debió analizarse la legitimación del actor, máxime cuando ni el ordenamiento contravencional, ni el de faltas prevé la figura del querellante. En rigor, expresamente niegan al damnificado la condición de parte (conf. art. 15, ley 12 y art. 34, ley 1217).

No se me escapa que dejar firme lo resuelto supone la posibilidad, como principio, de admitir que se genere indebidamente una decisión que pasa en calidad de cosa juzgada judicial, excediendo el ámbito en que estos pronunciamientos pueden tener lugar. Pero cuando, como en el caso, existe una absoluta omisión de defender la función administrativa o tan siquiera un mínimo interés en hacerlo, unido al riesgo que ha padecido el posible sujeto pasivo de la sanción ordenada en primera instancia, torna aconsejable limitar el conocimiento a lo indicado *supra*.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. Adhiero al voto del señor juez de trámite y, en consecuencia, acompaño su decisión de rechazar la queja planteada por el señor Carlos Enrique Moreno en virtud de los fundamentos que desarrolla en los puntos 1 a 4.

2. Considero, asimismo, apropiado realizar algunas apreciaciones sobre la vía escogida por el actor (amparo) para efectuar el pedido de aplicación de sanciones respecto de sus superiores jerárquicos en el marco de la ley 1225.

El art. 8º de la aludida normativa es claro en cuanto al necesario procedimiento a seguir en el seno de la Administración a tal fin y, conforme surge de las constancias de autos, dicho procedimiento estaba en marcha al momento de iniciar el presente amparo. Por lo que, con el expediente administrativo en trámite, y sin que medie un pronunciamiento administrativo a su respecto (ni se haya configurado silencio administrativo), la intervención del órgano jurisdiccional no puede verificarse pues la aplicación de la ley 1225 por parte de éste no opera de forma directa.

Tal como lo tiene dicho la CSJN, la misión más delicada de la justicia es la de saberse mantener dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes y jurisdicciones (*Fallos,* 155:248; 254:43; 263:267; 272:231; 282:392; 310:2709; 311:2553; 313:229; 314:1091; 317:127). Es menester recordar que corresponde a la Administración el ejercicio de la potestad disciplinaria a su cargo y, la actuación judicial deberá, a su turno, ceñirse simplemente a controlar la legitimidad de la eventual decisión administrativa.

Así lo voto.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Me adhiero al voto del señor juez de trámite y expreso que el recurso de inconstitucionalidad y el de queja están referidos tan sólo a agravios en la valoración de la prueba y en la interpretación del derecho común (infraconstitucional), y pretenden, bajo el paraguas genérico de "debido proceso" y "derecho de defensa" —que, entre paréntesis, le ha sido respetado a rajatabla al amparista por los diversos tribunales judiciales de mérito que intervinieron— exponer una lesión constitucional inexistente.

Como yo ya lo he dicho (conf. mis votos en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]'", expte. nº 3565/04, resolución del 26/5/2005 y "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Lococo, Marcela c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]'", expte. nº 3792/05, resolución del 29/6/2005), el motivo de arbitrariedad viene a jugar el papel que le corresponde jugar al agravio, como presupuesto incuestionable de cualquier recurso, y sólo expone disidencias respecto de la valoración de la prueba y de la interpretación del derecho común aplicable, dos ámbitos en los cuales le está vedado al Tribunal ingresar, porque pertenecen al señorío de los jueces de mérito. Salvo casos excepcionales, conforme a la doctrina común en esta ciudad, el recurso de inconstitucionalidad así enmarcado es improcedente (conf. *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, t. I, pp. 282 y ss. en "Federación Argentina de Box c/GCBA s/acción de inconstitucionalidad", expte. nº 49/99, resolución del 25/8/1999 y sus citas), precisamente porque tales ámbitos pertenecen al tribunal o a los tribunales de mérito que la ley procesal ha creado para responder a estos rubros. Allí, en esos tribunales, fenecen estas cuestiones porque, con el recurso de inconstitucionalidad, no se ha creado una tercera instancia de mérito.

2. Sin perjuicio de todo ello cabe aclarar que el poder disciplinario de la administración, si bien en algún caso puede ser objeto de control judicial, cuando es aplicado erróneamente, no debe ser objeto de una orden judicial de aplicación, como si los órganos judiciales suplieran la inactividad del administrador. Por lo demás, la colaboración de los particulares con la administración para descubrir las faltas disciplinarias se agota con la facultad de la denuncia y no constituye un derecho popular a la acción judicial y a la sanción, que le corresponde a cualquier habitante.

3. Otro tanto puede decirse de la provisión de muebles y útiles, que aquel a quien le corresponde efectuar cierta labor puede hacer constatar, para evitar su responsabilidad en la ineficacia, pero tampoco engendra, salvo casos excepcionales, un derecho de parte del agente público.

El juez José O. Casás dijo:

1. Adhiero lo expresado por el señor juez de trámite, doctor Luis F. Lozano en los puntos 1 a 4 de su voto y, en consecuencia, acompaño su decisión de rechazar la presente queja.

2. A mayor abundamiento —y tal como lo destacan en sus votos respectivos mis colegas, doctora Ana María Conde y doctor Luis F. Lozano—, también considero oportuno señalar que, a la luz de la pretensión amparista —orientada a lograr se ordene la aplicación de sanciones a sus superiores jerárquicos, a partir de lo dispuesto en la ley 1225 de violencia laboral aplicable al sector público—, parece haberse pasado por alto que los arts. 7º, 8º y 9º de la citada ley orientan hacia la sede administrativa como cauce formal primario para garantizar la tutela que contempla específicamente la norma citada y asegurar su correcto cumplimiento.

Por las consideraciones expuestas, corresponde rechazar la queja deducida.

Así lo voto.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de queja ha sido interpuesto en tiempo, forma y realiza una crítica concreta de la resolución interlocutoria que desestimó el recurso extraordinario de inconstitucionalidad, por lo que éste resulta admisible.

2. El recurrente cuestiona la arbitrariedad de la sentencia definitiva pronunciada por el tribunal superior de la causa. En mi opinión la mayoría de los agravios traídos por el recurrente son atendibles y tornan procedente su recurso.

Como he indicado en otras oportunidades (conf. este Tribunal *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Fullone, Mirta Susana c/GCBA s/amparo'", expte. nº 3101/04, resolución del 17/11/2004); la arbitrariedad de una sentencia judicial puede constituir un caso constitucional si por contener tal vicio la decisión afecta el derecho de defensa y el debido proceso, en tanto ellos garantizan —entre otras cosas— el derecho a una decisión fundada en ley, el respeto de la jerarquía normativa vigente y del principio de congruencia (conf. arts. 17 y 18,

C.N. y 27, inc. 4º, CCAyT). Con tales fundamentos es posible ingresar, aún en el limitado marco de cognición del recurso de inconstitucionalidad, en el terreno de las cuestiones de hecho y de prueba si el vicio de arbitrariedad denunciado deriva de la consideración de los primeros o de la valoración de la segunda.

a) En primer lugar, la sentencia recurrida ignora un hecho señalado y probado por el actor: el trámite que se imprimiera al procedimiento administrativo iniciado en los términos previstos en el art. 8º de la ley 1225 con la denuncia de Moreno, contiene graves irregularidades. Esas irregularidades son un claro indicio de la existencia de la situación denunciada por Moreno.

En efecto, como surge del informe nº 68-AF/04, del 13/2/2004 (Carpeta nº 9647-DGCG/04), el recurrente dirigió su petición ante el acoso laboral que padecía, y a fin de que se encuadrara el caso en las disposiciones 1225/03 a Horacio G. Gamero, quien se desempeñaba en ese momento como Director General de Contaduría. Gamero envió la solicitud al Área de Fiscalización, precisamente el lugar en el que el denunciante pedía que se investigara la persecución de la que era víctima.

El trámite seguido no solo violenta lo prescripto por el art. 11 de la ley 1225, sino que dejó al denunciante en una situación de extrema vulnerabilidad y neutralizó los resultados exitosos de cualquier investigación al ponerla en conocimiento de los posibles responsables.

b) También asiste razón al recurrente cuando destaca la arbitraria valoración de la prueba testimonial en la decisión en recurso. La Sala recoge de manera parcial las declaraciones de las testigos, ya que reproduce algunos dichos y omite otros. Por este camino el sentido de la declaración resulta diferente del que se extrae de la lectura y evaluación del texto completo. El caso del testigo Espósito es particularmente revelador: él había expresado que le habían comentado que a Moreno se le debían negar las claves de las computadoras y, en particular que, se le debía impedir su acceso a la computadora de Etcharrán. Espósito fue muy explícito cuando declaró que Etcharrán evadía a Moreno cada vez que éste le solicitaba la asignación de tareas, y sus manifestaciones coinciden con otros testimonios (conf. fs. 165/166).

Es incomprensible, además, que el tribunal cuya sentencia se impugna no haya atendido a los dichos de la testigo María Valeria Dallera, ex compañera de trabajo del recurrente, quien relató (fs. 163/164) que cuando Moreno regresó de su licencia "no se le comunican las tareas que se estaban realizando y no se le acerca la documentación con la que se estaba trabajando en el Área. Esa documentación se encontraba bajo llave o en las computadoras a las cuales no tenía accesos [sic]. No se le asignó ninguna tarea específica amén que las mismas fueran solicitadas por el señor Moreno". Por fin, concluye diciendo que "se le negó información" (pregunta octava).

c) Tampoco es jurídicamente sostenible que la Cámara imponga al actor la prueba de un hecho negativo genérico como es la tarea de tener que de demostrar que no le fue proporcionada la clave, porque se trata de una prueba casi imposible.

Y que, en el mejor de los supuestos, constituía una carga de la contraria, la cual podía acreditar la existencia del hecho positivo apto para destruir la afirmación del actor o bien dar las explicaciones pertinentes. Es oportuno recordar que en este tipo de situaciones procesales la carga de colaboración en el esclarecimiento de hechos controvertidos recae en quien está en mejores condiciones de arrimar evidencia. Y no cabe dudas de que en el caso en análisis era la Administración la que se encontraba en esta posición (conf. arg. art. 145, penúltimo párrafo, CCAyT).

d) Igualmente arbitraria resulta la afirmación de la Sala (considerando 6, último párrafo de la sentencia definitiva) que atribuye a Moreno no haber acreditado a lo largo del juicio qué tareas cumplía antes de la licencia, ni cómo fueron efectivamente variadas luego de su reincorporación. Como bien señala el recurrente, las modificaciones ocurridas luego de su licencia surgen del legajo personal acompañado y de las declaraciones de los testigos.

e) La sentencia impugnada, por otro lado, no valoró debidamente las comunicaciones formales intercambiadas entre Moreno y su jefe inmediato, Etcharrán. Así, después de que el actor recibiera un lacónico memorando (nº 182-DGCG/03 del 28/10/2003) en el que se le informa que hará tareas de fiscalización, solicita por nota del 30/10/2003 a Etcharrán, entre otras cosas, "un pequeño instructivo sobre el funcionamiento del nuevo sistema" pues su ausencia por licencia le habían impedido estar al tanto de las novedades. Como respuesta, recibió una nota firmada por Etcharrán de fecha 4/11/2003 en donde éste no da ninguna respuesta precisa y acude a una críptica seudo descripción del sistema "SIGEC". Al mismo tiempo le advierte que si subsistieran sus dudas consultara al Director General, y que lo hiciera ese mismo día porque a partir del lunes 7/11/2003 el Director se ausentaría.

3. En definitiva, las razones expuestas hasta aquí, y en particular lo indicado en el punto a. de este voto, tornan arbitraria la decisión recurrida por graves fallas de fundabilidad en su construcción.

Por lo expuesto, *voto* por hacer lugar al recurso, revocar la sentencia de Cámara y confirmar la de primera instancia. Costas a los vencidos.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el señor Fiscal General Adjunto, y por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja planteada por Carlos Enrique Moreno.

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

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

XLII

"ASOCIACIÓN POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) C/GCBA S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD"

ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD. RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Regulación de honorarios. Ratificación del pedido de regulación de honorarios. Efectos retroactivos.

SUMARIOS:

1. El escrito por el cual se ratificó el pedido original de regulación de honorarios constituye la ratificación expresa de la gestión realizada por la letrada, con carácter retroactivo a la fecha en que se realizó ese pedido original, en los términos del art. 2304, Cód. Civil, de modo que el plazo de prescripción debe computarse desde la fecha en que fue notificada la demandada del rechazo del recurso extraordinario federal interpuesto por la actora, y fue interrumpido por el pedido de regulación de honorarios, y posteriormente ratificado, y al no haber transcurrido el plazo bienal previsto en el art. 4032, inc. 1º del Cód. Civil, debe rechazarse la oposición de la excepción de prescripción. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

2. Cabe admitir la excepción de prescripción del derecho a solicitar la regulación de honorarios, en atención a que el inc. 1º del art. 4032 del Cód. Civil determina la prescripción bienal de la obligación de pagar los honorarios de los abogados y procuradores y no establece ninguna distinción según la obligación de pagar corresponda al cliente o al vencido en costas. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 3103/04 - 12/3/2008

VISTO:

el expediente citado en el epígrafe,

RESULTA:

1. A fs. 217 la doctora Cecilia Salem, en representación del demandado Gobierno de la Ciudad, y con patrocinio letrado del entonces Procurador General de la Ciudad de Buenos Aires, doctor Agustín Zbar, solicitó "la regulación de honorarios correspondientes a la representación letrada de esta parte por la actuación desarrollada en el recurso extraordinario rechazado".

2. A fs. 219 se corrió traslado del pedido a la parte actora y a fs. 221, ante su silencio se dio por decaído su derecho a responder.

3. A fs. 228/230 el Tribunal rechazó, por mayoría, la petición de fs 217 con sustento en que la presentación de fs. 217 no había sido suscripta por las doctoras Macarena Gallareta y Alejandra Tadei (apoderada y letrada patrocinante en la contestación del recurso extraordinario federal que motivó la solicitud de regulación de

honorarios), ni por un letrado con poder suficiente para actuar en representación de aquéllas.

4. A fs. 234 las doctoras Alejandra Tadei y Macarena Gallareta expresaron que ratificaban el pedido de 236/238 y el Tribunal procedió a regular sus honorarios.

5. A fs. 243 la parte actora (ADC) planteó la prescripción del derecho de las doctoras Tadei y Gallareta a solicitar la regulación de honorarios por su actuación en el trámite del recurso extraordinario.

ADC sostuvo que la sentencia que rechazó el recurso extraordinario fue notificada a la demandada el 15/6/2005, y que la presentación de las doctoras Tadei y Gallareta "ratificando" el pedido de los doctores Salem y Zbar se produjo recién el 23/8/2007. Por tanto a esa fecha ya había operado el plazo de prescripción bienal establecido en el art. 4032, inc. 1º, del Cód. Civil.

Fundó detenidamente la procedencia de aplicar la prescripción bienal y no la decenal contemplada en el art. 4023 del citado cuerpo legal, referida al ejercicio del derecho al cobro del honorario profesional.

Subrayó que la presentación de fs. 234 era "el primer válido y único pedido a los efectos de contabilizar el plazo de prescripción", por lo que concluyó en que "no hubo regulación válida alguna dentro del plazo de prescripción que no ha sido suspendido ni interrumpido antes del 15/6/2007, última fecha para interponer un pedido válido de regulación".

6. A fs. 245, se ordenó traslado del planteo a las letradas Tadei y Gallareta, que no fue contestado (véase fs. 249).

7. A fs. 246, los doctores Salem y Zbar, en las mismas calidades expuestas en el escrito de fs. 217, solicitaron que se corriera traslado a la Procuración General de la Ciudad del pedido de prescripción formulado por la actora a fs. 243/4, por entender que ese organismo "posee un interés sobre la dilucidación de la cuestión planteada... ". A fs. 250/252, el Tribunal —por mayoría— hizo lugar a la petición. La Procuración a fs. 255/57 manifestó que la reposición intentada por la actora era improcedente porque no estaba contemplada en la ley 402 y extemporánea en los términos del art. 212 y ss. del CCAyT.

Refutó las argumentaciones expuestas por la actora y, en particular, negó que existiera "pacífica" doctrina y jurisprudencia acerca de la aplicación de la prescripción bienal a supuestos como el del *sub lite*. Finalmente requirió el rechazo de la prescripción interpuesta, con costas.

8. A fs. 259/263 produjo su dictamen la Fiscalía General y propició hacer lugar al planteo de prescripción formulado por la actora.

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. Corresponde, en primer lugar, considerar el planteo de la Procuración General (punto I del escrito de fs. 255) atinente a la improcedencia del "recurso de reposición" interpuesto por la actora a fs. 243.

En este sentido se advierte que la Asociación por los Derechos Civiles planteó en el escrito de marras la excepción de prescripción a la regulación de honorarios y, paralelamente —o consecuentemente, según parece inferirse del último párrafo de su escrito— la reposición del auto regulatorio de fs. 236/238.

A partir de lo expuesto carece de relevancia todo análisis acerca de si el planteo de la actora involucra o no un "recurso de reposición" y, en caso positivo, si ha sido planteado en tiempo y en forma. Obvio es concluir que, si prospera el pedido de prescripción, la regulación de honorarios oportunamente efectuada por el Tribunal deberá se dejada sin efecto.

Además, es claro que en el escrito referido la ADC opuso la prescripción del derecho aludido en la primera oportunidad que tuvo para hacerlo, esto es con la notificación de la resolución de regulación de honorarios de fecha 12/9/2007 (fs. 236/238).

En efecto, al momento (17/5/2007, véase fs. 221) de dársele por decaído el derecho a contestar el traslado del pedido de regulación de honorarios formulado a fs. 217, aun no habían transcurrido los dos años de la prescripción bienal que —sostiene— debían computarse a partir del 15/6/2005, fecha de la notificación a la demandada de la denegatoria del recurso extraordinario, resuelta a fs. 184/205.

2. Ahora bien, en el caso en examen el plazo de prescripción es el de dos años.

En primer lugar, el inciso primero del art. 4032 del Cód. Civil determina la prescripción bienal de la obligación de pagar los honorarios de los abogados y procuradores y no establece ninguna distinción según la obligación de pagar corresponda al cliente o al vencido en costas. Es más, ese mismo inciso incluye también a los árbitros, respecto de los cuales no tiene sentido distinguir con apoyo en la "relación con su cliente".

Por otro lado, cuando el art. 4032 fija una distinción lo hace expresamente. Así ocurre cuando divide los pleitos fenecidos (para los que determina el plazo de prescripción de dos años) de los pleitos no terminados y proseguidos por el mismo abogado, para los que dispone un plazo de cinco años "desde que se devengaron los honorarios o derechos, si no hay convenio entre las partes sobre el tiempo del pago".

Los argumentos precedentes sustentan la conclusión de que el plazo de dos años rige cualquiera sea el obligado al pago.

3. Finalmente, establecido según las constancias obrantes en autos, que el *dies a quo* se produjo el 15/6/2005, es decir el día en que fue notificada a la demandada la resolución de fs. 184/205 que denegó el recurso extraordinario interpuesto por la actora (ver fs. 208), sólo resta determinar si se ha verificado el plazo de dos años de la prescripción opuesta.

En este punto considero que el pedido de regulación de honorarios fue presentado por quienes tenían derecho a reclamarlos —las doctoras Tadei y Gallareta— a fs. 234 y vta el día 23/8/2007, es decir una vez cumplido el plazo de prescripción establecido en el art. 4032, inc. 1º, Cód. Civil.

En nada empece a lo expuesto que en el escrito de mención se hiciera referencia a que "ratificaban" el pedido formulado originariamente —y antes de que operara el plazo de dos años— por los doctores Salem y Zbar con fecha 27/7/2007 (fs. 217 y vta.), puesto que el Tribunal rechazó esa primigenia petición a fs. 228/230, precisamente porque los peticionarios no eran quienes habían tenido efectiva participación en el juicio ni habían exhibido poder suficiente para actuar en representación de los titulares del derecho a pedir la regulación de honorarios en cuestión y, tal decisión —como bien señala el señor Fiscal General en su dictamen— pasó en autoridad de cosa juzgada, de manera que no cabe reconocer a esa solicitud de regulación de honorarios —realizada por quien no tenía derecho a formularla— la entidad suficiente como para interrumpir el término de la prescripción en análisis.

De tal forma, más allá de la expresiones utilizadas —en particular el aludido vocablo "ratificar"— lo cierto es que tanto formal como materialmente, el escrito de fs. 234 operó como la primera solicitud de regulación de honorarios formulada por quienes tenían derecho a reclamarlos.

4. En mérito de las consideraciones precedentes estimo que corresponde admitir la prescripción opuesta por la actora y, en consecuencia, dejar sin efecto la resolución de fs. 236/238.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. La presentación realizada por la actora a fs. 243/244 debe ser considerada como la *oposición de la excepción de prescripción,* realizada en la primera oportunidad posible —al ser notificada de la regulación de honorarios— y dentro del plazo de cinco días previsto en el art. 404, CCAyT, lo que amerita su tratamiento.

Más allá de la incorrecta denominación que la misma actora le ha dado, no corresponde considerar dicho planteo como un recurso de reposición, ya que la actora no cuestiona la validez del auto regulatorio de honorarios, sino simplemente solicita se declare prescripta la acción para solicitar la regulación de honorarios, cuestión que puede examinarse únicamente a pedido de parte.

En consecuencia, y atenta la correcta calificación jurídica del planteo de prescripción, nada corresponde decidir sobre los planteos del GCBA referidas a la improcedencia y extemporaneidad del mal denominado y, por ende, inexistente "recurso de reposición".

2. En cuanto al planteo de fondo, en una primera aproximación considero que el pedido de regulación de honorarios realizado por la doctora Salem debe ser considerado interruptivo de la prescripción de la acción de cobro de los honorarios, por provenir de parte legitimada, concordantemente con mi postura expuesta en el voto emitido —en minoría— conjuntamente con el doctor Casás el 3/7/2007 en estos mismos autos.

Sin embargo, en dicha resolución la mayoría sostuvo que la solicitud de regulación de honorarios de los letrados del GCBA debe ser efectuada por quienes tomaron efectivamente participación en el juicio, y en consecuencia resolvió rechazar el pedido de regulación de honorarios por no provenir de parte legitimada.

Más allá de mi opinión personal —desarrollada en el primer párrafo del presente apartado—, el principio procesal de preclusión me impide revisar una cuestión ya resuelta, y mis obligaciones como jueza me obligan a pronunciarme teniendo en cuenta lo resuelto del 3/7/2007, aunque no lo comparta.

En consecuencia, habiendo una resolución firme que le desconoce a la doctora Salem legitimación para solicitar la regulación de honorarios, debo analizar el cómputo del plazo de prescripción desde una nueva óptica.

3. Y en este sentido, cobra vital importancia el escrito presentado a fs. 234 por las doctoras Tadei y Gallareta, mediante el cual "ratificaron" el pedido original de regulación de honorarios realizado por la doctora Salem a fs. 217.

Cabe recordar que la *ratificación* es el acto jurídico unilateral en virtud del cual se convalida lo actuado por otro en beneficio de quien la otorga. O en otras palabras, la gestión original puede ser convalidada mediante una ratificación, la cual convierte a aquélla en el equivalente de un mandato (conf. Belluscio [dir.], y Zannoni [coord.]: *Código Civil y leyes complementarias comentado, anotado y concordado,* t. 9, Astrea, Buenos Aires, 2004, comentario al art. 2304, Cód. Civil, p. 1186).

Existe una diferencia trascendental entre la confirmación y la ratificación: en la primera el acto se ha realizado por el mismo interesado o por un tercero que obra a su nombre con poder suficiente, pero dicho acto adolece de un vicio que lo hace pasible de nulidad; en cambio, *en la ratificación el acto es celebrado por quien no tiene representación* (Borda, Guillermo A.: *Manual de derecho civil. Parte General,* 15ª ed. actualiz., nº 844, p. 583, Perrot, Buenos Aires, 1991).

Por último, y en cuanto al efecto de la ratificación, el art. 2304, Cód. Civil establece expresamente su *carácter retroactivo* al día en que la gestión comenzó.

A la luz de estos conceptos, podemos afirmar que *el escrito de fs. 234 constituye una ratificación expresa de la gestión realizada por la doctora Salem, con carácter retroactivo* a la fecha en que se realizó el pedido original, en los términos del art. 2304, Cód. Civil.

Por lo tanto, el plazo de prescripción debe computarse desde el *15/6/2005* —fecha en que fue notificada la demandada del rechazo del recurso extraordinario federal interpuesto por la actora, conforme constancia de fs. 208—, y fue interrumpido por el pedido de regulación de honorarios realizado por la doctora Salem el *27/4/2007* —y posteriormente ratificado por las doctoras Tadei y Gallareta—, es decir que no transcurrió el plazo bienal previsto en el art. 4032, inc. 1º, Cód.Civil.

4. En virtud de lo expuesto, considero que debe rechazarse la oposición de la excepción de prescripción, con costas (conf. art. 62, CCAyT).

El juez Julio B. J. Maier dijo:

Sin perjuicio de la opinión expresada el 3/7/2007 en estos mismos autos, con adhesión al voto de la señora jueza de trámite, he confrontado ahora las dos

opiniones sobre prescripción hoy existentes —jueza de trámite Alicia Ruiz y jueza Ana María Conde— y estimo que, dado el caso, debo inclinarme por la solución de la señora jueza Ana María Conde. En efecto, el Cód. Civil, 2304, II, impone textualmente que "La ratificación tiene efecto retroactivo al día en que la gestión principió". Hoy no cabe duda alguna en afirmar que el escrito de las abogadas Tadei y Gallaretta implica una *ratificación* expresa de aquel que anteriormente presentara ante el Tribunal la abogada Salem, requisitoria en la que solicitaba la regulación de honorarios. Si ese escrito, más allá de las palabras empleadas, constituye una gestión de un negocio ajeno y si esa gestión ha sido posteriormente ratificada, la gestión ha interrumpido el plazo de prescripción de modo idóneo y, por lo tanto, impone mi adhesión al voto de la señora jueza Ana María Conde y al dispositivo por ella indicado en el punto 4.

El juez José O. Casás dijo:

1. La suerte adversa del escrito "Opone prescripción. Interpone reposición" obrante a fs. 243/244 vta. resulta sellada por los motivos que se expondrán a continuación.

2. En primer lugar, corresponde recordar lo decidido en numerosas oportunidades por este Estrado respecto a que las resoluciones del Tribunal Superior de Justicia adoptadas con los votos suficientes requeridos por el art. 25, primer párrafo, ley 7 no son susceptibles —por regla— de reconsideración, reposición o revocatoria, sobre todo ante la inexistencia en la ley 402 de algún recurso contra sus decisiones (CSJN, doctrina de *Fallos,* 286:198; 293:468; 297:543; 303:241; 308:1606; 310:1784, entre muchos otros; este Tribunal *in re*: "Partido Justicialista y otros c/GCBA s/nulidad", expte. nº 50/99, resolución del 16/6/1999, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. 1, pp. 136 y ss.; "Liga de amas de casa, usuarios y consumidores de la República Argentina y otros c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 480/00, resolución del 24/10/2000; "Spisso, Rodolfo R. c/GCBA s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 1866/02, resolución del 13/11/2002,en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. IV, pp. 636 y ss.; "Rojt, Julio M. y otra s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado" en: "Rojt, Julio M. y otros c/Consejo Profesional de Ciencias Económicas s/amparo (art. 14, CCBA)", expte. nº 2689/03, resolución del 29/6/2005, entre muchos otros).

3. En segundo lugar, sin perjuicio de lo expresado precedentemente, el recurso de reposición interpuesto, como tal, resulta extemporáneo por tardío. En efecto, dentro de la propia estrategia procesal de la recurrente, de considerar aplicables las reglas del CCAyT referidas a este remedio, ésta debería haber interpuesto el mentado recurso dentro de los tres días siguientes al de la notificación de la resolución impugnada (conf. art. 213, CCAyT), circunstancia que no se verifica

en autos, donde la ADC se notificó de la resolución de fs. 236/238 con fecha 14/9/2007 a las 15.25 horas (fs. 242 vta.) e interpuso el recurso el 21/9/ese año a las 12.50 horas (fs. 244 vta.).

4. Por último, incluso si —en el supuesto más favorable para la actora— se considerase a la presentación efectuada como la oposición de la excepción de prescripción realizada en la primera oportunidad posible y dentro del plazo de ley, la solución tampoco variaría.

Ello así, puesto que, tal como lo sostiene la doctora Ana María Conde en el punto 3 de su voto, el escrito presentado a fs. 234/ vta. por las doctoras Tadei y Gallareta constituyó una ratificación expresa de la gestión anterior realizada por la doctora Salem, con carácter retroactivo a la fecha en que se realizó el pedido original (conf. art. 2304, Cód. Civil). Por lo tanto, el plazo de prescripción quedó interrumpido con la apuntada presentación.

En virtud de las consideraciones expuestas, corresponde rechazar la presentación de fs. 243/244 vta. Las costas de la incidencia deben imponerse a la vencida.

Así lo voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Comparto la solución propuesta por la doctora Ana María Conde, y por el doctor José O. Casás. Si bien considero que las providencias simples e interlocutorias del Tribunal, como la que ataca la Asociación por los Derechos Civiles en la especie, son pasibles de ser revocadas mediante un recurso de reposición, toda vez que están alcanzadas por las previsiones del art. 212 y concs. del CCAyT —conforme al reenvío establecido en la ley 402 (véase art. 2º); véase mi voto *in re* "Unión de Músicos Independientes Asociación Civil c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad" (expte. nº 5167/07), sentencia de fecha 29/6/2007—, en el caso que nos ocupa dicho recurso ha sido interpuesto luego de transcurrido el plazo de tres días siguientes al de la notificación de la resolución impugnada, por lo que debe ser rechazado (conf. art. 213, CCAyT).

Por ello, por mayoría, y emitido el dictamen del señor Fiscal General,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la oposición de la excepción de prescripción introducida por la actora a fs. 243, con costas.

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

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

XLIII

"CONSEJO DE LA MAGISTRATURA DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'CÁCERES, GONZALO JAVIER S/INF. ART. 82, LEY 10 —HONORARIOS DE PERITO'"

RECURSO DE QUEJA. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD. CONSEJO DE LA MAGISTRATURA. ADMINISTRACIÓN: Legitimación procesal. Derecho de defensa.

SUMARIOS:

1. Cabe hacer lugar al recurso de queja frente a la decisión que obliga al Consejo de la Magistratura a afrontar el pago del perito arquitecto, pues circunscribe las atribuciones que residen exclusivamente en cabeza del Consejo hasta el punto de considerarlo una suerte de tesorería del Poder Judicial que sólo debe limitarse a librar una orden de pago extendida por un juez, sin posibilidad de intervención y control en torno a las erogaciones que le han sido impuestas, vulnera el ejercicio del derecho de defensa que le asiste y resiente el legítimo ejercicio de las funciones que el constituyente local le ha otorgado. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

2. Corresponde reconocer legitimación procesal al Consejo de la Magistratura para recurrir la decisión judicial que le impuso el pago de honorarios regulados a favor de un perito por su actuación en la etapa de ejecución de sentencia. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

3. La decisión de imponer la obligación de pago de los honorarios del perito al Consejo de la Magistratura, en forma prematura —sin una decisión previa en torno a las costas generadas en el proceso incidental—, vulnera el derecho de defensa de la parte recurrente (art. 18, C.N. y art. 13.3, CCBA). *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

4. El desconocimiento de la legitimación procesal del Consejo de la Magistratura para intervenir respecto de la regulación de los honorarios del perito arquitecto y la restricción de su actuación indebidamente asimilándolo a una suerte de "tesorería", menoscaba gravemente su legítimo derecho a defenderse en juicio (arts. 13.3, CCBA y 18, C.N.). *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

5. Existe lesión a la garantía constitucional de defensa en juicio frente a la decisión que afirma y, simultáneamente, niega la calidad de parte del Consejo de la Magistratura recurrente, al imponerle una obligación de pago; y vedarle la posibilidad de cuestionar esa decisión, pues se trata de una sentencia contradictoria que desconoce el derecho a ser oído del Consejo de la Magistratura respecto de aquellas cuestiones que pueden afectar el ejercicio de sus atribuciones (art. 116, CCBA; ley 31). *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

6. El recurso de inconstitucionalidad introduce oportunamente y funda de modo adecuado la arbitrariedad de la decisión que desconoció al Consejo de la Magistratura su carácter de parte para apelar la resolución que le impusiera el pago de los

honorarios del perito arquitecto, en un proceso en el cual hasta entonces no había intervenido en modo alguno. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

7. Es a partir de la condena a sufragar los honorarios del perito que el Consejo de la Magistratura resulta legitimado pasivo, puede constituirse en parte e intervenir útilmente en el proceso a fin de sostener su posición. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 5547/07 - 12/3/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La señora Presidenta del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se presenta en queja ante este Tribunal, contra la decisión de la Sala I de la Cámara CyF (fs. 174/175) que declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad que había interpuesto contra la decisión de esa misma Sala de rechazar su queja por recurso de apelación denegado. Aquel recurso directo (fs. 151/154) se dirigía a obtener la revisión de la imposición del pago de los honorarios regulados (fs. 93) a favor del perito arquitecto que intervino en el proceso de ejecución de sentencia de la causa 7884/05, caratulada "Cáceres, Gonzalo Javier s/inf. art. 82 del CC" al Consejo de la Magistratura, así como —en forma subsidiaria— del monto asignado a tal efecto (fs. 178/183).

2. En el recurso de inconstitucionalidad denegado la recurrente afirmó, sintéticamente, que la decisión de la Sala I de la Cámara CyF, que rechazó la queja por recurso de apelación denegado, es arbitraria y genera gravedad institucional, por violar el principio de división de poderes y la forma republicana de gobierno en tanto los magistrados se han arrogado funciones propias de administración del Consejo al interpretar sus funciones, acotarlas conforme a su arbitraria decisión y ordenar sin más el pago de los honorarios regulados, vedando la posibilidad de impugnar la causa y el monto establecido, en perjuicio del derecho de defensa en juicio. Agregó además una crítica al fundamento por el cual la Sala descartó su argumentación en torno a la posibilidad de proyectar la imposición del pago de las costas efectuada con la condena a la etapa de ejecución de sentencia (fs. 161/167).

3. Los jueces de la Sala I de la Cámara declararon inadmisible el recurso pues entendieron que, si bien la decisión en cuestión puede ser equiparada a definitiva —en tanto, en lo atinente al monto que corresponde pagarle al perito arquitecto y la persona obligada a dicho pago, no existe otra oportunidad útil para que la disconforme haga valer sus razones—, no se configura en el caso una cuestión constitucional. Ello así toda vez que la resolución en crisis afirmó que las críticas contenidas en la queja por apelación denegada rechazada no resultaban suficientes para conmover el auto denegatorio del recurso de apelación. Así, la cuestión de-

batida en la decisión impugnada trasluce el mero desacuerdo de la recurrente en torno a la interpretación y aplicación de normas de derecho común y de derecho procesal local. Tampoco la tacha de arbitrariedad tuvo acogida favorable, pues a criterio de la Cámara ésta encubría un mero disgusto con la fundamentación de la decisión en crisis (fs. 170/171).

4. En el recurso directo interpuesto ante este Tribunal, la Presidenta del Consejo de la Magistratura local reitera sus argumentaciones y critica la decisión que le negó acceso a esta instancia extraordinaria, solicitando que se revoque la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad "haciendo lugar al mismo y, en su caso, revocándose la resolución que ordenó a [esa] parte abonar honorarios al perito [...] dentro del incidente de ejecución de sentencia, ordenándose su pago a quien resultó condenado en costas" (fs. 178/183).

5. En oportunidad de contestar la vista dispuesta a fs. 186, punto 2, el señor Fiscal General Adjunto consideró que la decisión impugnada es una sentencia definitiva, pues la situación cuestionada no podrá ser modificada en instancias judiciales posteriores y causa un gravamen irreparable, en la medida que importó la imposición de un detrimento patrimonial sin derecho de defensa previo o posterior al fallo. En torno a la cuestión de fondo, sintéticamente, dio la razón a la parte recurrente pues consideró que, con base en meras afirmaciones dogmáticas carentes de todo sustento normativo conducente, se ha cercenado el derecho al recurso y con ello el legítimo derecho de defensa que ampara en la cuestión al Consejo de la Magistratura local, en razón de los intereses pecuniarios que le compete administrar, de acuerdo al art. 116, inc. 6º, CCBA y a la ley 31 (fs. 188/190).

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. La presentación de fs. 178/183 fue interpuesta en término, conforme las exigencias formales del art. 33 de la ley 402 y se dirige a impugnar la resolución que denegó un recurso de inconstitucionalidad incoado contra una decisión emanada del tribunal superior de la causa que, si bien dictada en el trámite de ejecución de sentencia, resulta equiparable a una sentencia definitiva. Ello así, en tanto la decisión objetada imposibilita cualquier discusión posterior en torno al monto de los honorarios regulados al perito arquitecto Jorge W. Kagel en razón de su intervención en el proceso de ejecución de sentencia de la causa 7884/05, caratulada "Cáceres, Gonzalo Javier s/inf. art. 82 del CC", así como respecto de la imposición de su pago al Consejo de la Magistratura local (conf. doctrina de *Fallos,* 209:454; 320:2630 y 321:2263, entre otros).

2. Además, la queja interpuesta expone una crítica concreta y desarrollada que logra poner en crisis el auto que denegó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto a fs. 161/167 pues controvierte las razones por las que la Cámara denegó la vía extraordinaria intentada. En efecto, la parte recurrente ha logrado exponer en

sus presentaciones una cuestión constitucional, toda vez que argumenta de manera suficiente que los jueces de la causa han impedido su intervención en una cuestión en la que su interés está determinado por las normas constitucionales que invoca (art. 116, CCBA), poniendo en juego el derecho de defensa en juicio que también le asiste (art. 18, C.N. y 13.3, CCBA).

Por ello, corresponde hacer lugar al recurso de hecho deducido.

3. Vale señalar, en primer término, y para brindar un marco adecuado a los argumentos que desarrollaré a fin de resolver el recurso de inconstitucionalidad, que en nuestro sistema institucional resulta habitual que más de un órgano vea atribuida su actuación al GCBA y que esas actuaciones no se superpongan. A su turno, tales atribuciones provienen de la Constitución y/o la ley. En tal contexto, no es resorte propio del intérprete atribuir implícitamente al orden jurídico una solución según la cual, la responsabilidad sobre partidas presupuestarias reside en un órgano y, al propio tiempo, la protección requerida por ellas es desplazada a la órbita de otro. De ello se sigue que si el Consejo de la Magistratura tiene la partida destinada a sufragar determinados gastos, en el asunto que nos ocupa causídicos, debe, al menos como principio, poder defenderla.

4. El Consejo de la Magistratura local, a través de la utilización de las vías recursivas que el ordenamiento aplicable contempla, ha mantenido ante la Cámara —y ahora ante este Tribunal— el agravio que le genera la decisión de la titular del Juzgado en lo Contravencional Nº 16 que decidió rechazar los recursos de reposición y de apelación en subsidio interpuestos contra la decisión que le impuso el pago de los honorarios del perito Kagel.

La negativa a conceder aquellos recursos dirigidos a impugnar la imposición al Consejo del pago de los honorarios regulados al perito designado durante el trámite de ejecución de la condena impuesta al señor Cáceres y, subsidiariamente, a reducir su monto, tuvo por base las siguientes afirmaciones: el Consejo de la Magistratura local no se encuentra legitimado, ni tiene a su favor la existencia de un derecho impugnaticio para recurrir la resolución que reguló los honorarios del perito arquitecto; y la función esencial del Consejo es la de administrar los recursos del Poder Judicial local (arts. 116, inc. 6º, CCBA y 2º, inc. 6º, ley 31) circunstancia que en el caso se centra en el libramiento de la orden de pago que se le solicitare (fs. 115/6).

Contra la apuntada denegatoria, la representante del Consejo de la Magistratura interpuso una queja por apelación denegada. Reiteró allí sus argumentaciones en torno a la arbitrariedad de la decisión que impuso a su representado el pago de los honorarios cuestionados, en tanto en ella se omitió considerar la imposición de costas al condenado y sus reiterados incumplimientos durante la ejecución de sentencia, así como dar las razones que podrían llevar a una eximición del pago de las costas en el caso. Afirmó, además, su legitimación procesal para recurrir la imposición de los honorarios cuestionados y defender las atribuciones propias del Consejo: centralmente, la de administrar los recursos del Poder Judicial local y velar

por el erario público, facultad que, a su criterio, se ve impedida por la denegación infundada del derecho a cuestionar la obligación del pago de los honorarios y, subsidiariamente, su monto (fs. 151/154).

A su turno, la Sala I de la Cámara de Apelaciones rechazó la queja interpuesta. Los jueces consideraron que el recurso directo no contenía una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio, pues no demostraba la sinrazón de aquella decisión en la que, a su criterio, no se desconoció la función de administrar los recursos del Poder Judicial local en cabeza del Consejo, sino que tan sólo se la acotó a la medida considerada adecuada sin dejar sin posibilidad de tutela el erario público, pues una de las indudables partes del proceso, en ejercicio de su competencia constitucionalmente asignada (art. 125, CCBA) se encontraba en cabales condiciones de ejercerla. La Cámara agregó, asimismo, que la quejosa no había demostrado que la condena en costas dispuesta como conclusión de un proceso de conocimiento posea un efecto "ultra activo", es decir, que se proyecte sobre un peritaje decidido de oficio en la etapa de ejecución de sentencia (fs. 157/158).

5. Ahora bien, asiste razón a la recurrente en cuanto a la primera cuestión que plantea para criticar la sentencia de la Cámara en su recurso de inconstitucionalidad.

No se ha desconocido en esta causa que el art. 116 de la CCBA asigna al Consejo de la Magistratura local diversas funciones, entre las que se encuentra la de "proyectar el presupuesto y administrar los recursos que la ley le asigne al Poder Judicial" (inc. 6º); sin embargo, la irrazonable interpretación de la disposición constitucional efectuada por los jueces de la causa ha impedido de manera incorrecta al recurrente ejercitar sus competencias, toda vez que la vigencia de la manda constitucional citada, en mi concepto, conlleva también un reconocimiento elemental para que el Consejo cuente con las facultades instrumentales necesarias para cumplir de manera eficiente la tarea asignada —por la cual es responsable y de la que debe dar cuenta a la Legislatura en cada ejercicio—. Esto, claro está, dentro del marco legal vigente (art. 2º, inc. 6º, ley 31, conforme texto art. 20, inc. d], ley 2386 y leyes 70 y anual de presupuesto).

A mayor abundamiento, en principio, no habría impedimentos para que el legislador distinguiera los recursos que le asigna al Poder Judicial —los cuales por manda constitucional corresponde administrar al Consejo— de aquellos que debería sufragar el Estado en cada causa, a los cuales podría asignárseles otro responsable; pero, mientras se estime que unos y otros gastos corresponden al Consejo —como lo hicieron los jueces de la causa—, no corresponde impedirle al órgano apuntado defender esos cometidos.

La decisión cuestionada, en cuanto circunscribe aquellas atribuciones que residen exclusivamente en cabeza del Consejo hasta el punto de considerarlo en este caso una suerte de tesorería del Poder Judicial que sólo debe limitarse a librar una orden de pago extendida por un juez, sin posibilidad de intervención y control en torno a las erogaciones que le han sido impuestas —a su criterio en forma arbitraria—, vulnera el ejercicio del derecho de defensa que le asiste y resiente el legítimo

ejercicio de las funciones que el constituyente local le ha otorgado. Tal proceder sería tan irrazonable como si las Alzadas adoptaran, sin sustento legal alguno, la modalidad de imponer las costas a los magistrados de las instancias inferiores al revocar sus sentencias.

Por otro lado, tal como lo afirma el señor Fiscal General Adjunto, la escueta referencia efectuada por los jueces de la Cámara en torno a la posibilidad de que sea el Ministerio Público Fiscal quien vele por el cumplimiento de atribuciones que la Constitución local ha puesto a cargo del Consejo de la Magistratura, también debe ser descalificada. En primer lugar, no se ha explicado por qué motivo, aun si se admitiera que el MPF se encuentra posibilitado para intervenir en resguardo de la legalidad en cuestiones como la suscitada en autos, tal presencia —incluso en abstracto— ocluye la intervención directa del Consejo. Pero además, al contrario de lo ocurrido a la hora de interpretar el art. 116 de la CCBA, en mi opinión, ahora la Cámara ha realizado una interpretación por demás extensiva de los cometidos que la Constitución ha puesto a cargo del Ministerio Público (art. 125). En efecto, los recursos económicos cuya administración exclusiva tiene el Consejo, de acuerdo con el juego armónico del art. 116.6, CCBA, las leyes 31 y 70 y anual de presupuesto, deben ser resguardados principalmente por ese órgano, pues si bien el Ministerio Público está llamado a promover la defensa de la legalidad, no tiene hoy como misión específica velar por la correcta administración de los recursos que el Poder Judicial destina a cuestiones como la discutida en autos. Además, en estas circunstancias, al gozar de autonomía funcional, no resulta coherente que el MPF se subrogue de manera tácita, genérica y sistemática en los intereses específicos de otro órgano del Poder Judicial. Se puede agregar al respecto, además, que la autonomía del MPF determina que sus miembros no puedan recibir instrucciones o influencias de ningún poder u órgano para desplegar sus funciones definitorias (art. 125, CCBA) que, como se dijo, difieren de las del Consejo (conf., en lo pertinente, lo resuelto por este Tribunal *in re:* "Ministerio Público [Defensoría y Asesoría General de Menores e Incapaces] c/Consejo de la Magistratura s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 70/99, sent. del 22/10/1999).

Se verifica entonces, en el caso, la existencia del interés directo del Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires para impugnar la resolución que en copia se agregó a fs. 93, a través de un recurso que posibilite atender los agravios que manifiesta, generados por la sorpresiva imposición de la obligación de pagar honorarios regulados durante la instancia de ejecución de la pena de un proceso en el que había un condenado en costas.

En consecuencia, la resolución de la Cámara que rechazó la queja por recurso de apelación denegado deducida por el Consejo de la Magistratura (en copia a fs. 157/58) también debe ser dejada sin efecto.

6. Despejada la cuestión relativa a la legitimación procesal reconocida al Consejo de la Magistratura para recurrir la decisión judicial que le impuso el pago de honorarios regulados a favor de un perito por su actuación en la etapa de ejecución de sentencia, corresponde destacar que, en este caso concreto, el recurrente también

se agravia por las razones adicionales que diera la Cámara —a su criterio, no ajustadas a derecho— para rechazar el argumento expuesto en la queja por apelación denegada, agregada a fs. 151/154, en torno a la imposición del pago de las costas al condenado, señor Cáceres. El Consejo se refiere en este punto a jurisprudencia que, sintéticamente, ha establecido que el trámite de ejecución de sentencia siempre conlleva la imposición de costas y que éstas deben ser impuestas al condenado.

A este respecto, tal como lo afirmó el señor Fiscal General Adjunto en su dictamen (fs. 188/190), creo que también asiste razón a la parte recurrente, pues la decisión de fs. 93 por la que se decidió imponer el pago de los honorarios al Consejo de la Magistratura carece de la fundamentación necesaria para ser considerada un acto jurisdiccional válido. En este punto, la jueza de primera instancia se refirió a una supuesta "razonabilidad" de que sea el Consejo de la Magistratura quien afronte el gasto ocasionado. Sin embargo, al margen del acierto o error del peritaje dispuesto —vinculado con la sustitución de las sanciones que habían sido impuestas al condenado, en razón de sus reiterados incumplimientos—, la afirmación brindada resulta insuficiente para revestir aquella decisión de la razonabilidad que predica. Máxime cuando tuvo lugar sin explicación alguna en torno a las razones por las que podría corresponder, en el caso, eximir del pago de las costas al condenado en el incidente de ejecución de sentencia.

Así las cosas, la decisión de imponer aquella obligación, en forma prematura —sin una decisión previa en torno a las costas generadas en el proceso incidental—, en las condiciones precedentemente descriptas, vulnera el derecho de defensa de la parte recurrente (art. 18, C.N. y art. 13.3, CCBA).

Corresponde, entonces, dejar sin efecto la decisión de fecha 10/7/2007 en cuanto impuso al Consejo de la Magistratura de la Ciudad el pago de los honorarios profesionales allí regulados (fs. 93) y devolver las actuaciones a la titular del Juzgado en lo Contravencional y de Faltas Nº 16 para que dicte una decisión de acuerdo con las circunstancias comprobadas de la causa y los desarrollos argumentales que aquí se han vertido. Al respecto, no compete a este estrado resolver a quién corresponde imponer las costas en el caso, pues es la titular del Juzgado mencionado quien tiene competencia para establecer el significado que asigna a los incumplimientos del condenado en relación con los trabajos de insonorización ordenados en autos (fs. 34, 35, 47/48, 73 y 94), así como cuál es la relevancia que a estos fines adquieren los antecedentes que motivaron a la magistrada a disponer el peritaje de oficio (fs. 42/43, 46/48). Este estudio, relativo a cuestiones de hecho y de derecho infraconstitucional, resulta ajeno a la vía intentada y no podría ser abordado en esta instancia por el Tribunal, sin vulnerar las disposiciones constitucionales que regulan su propia intervención y las que garantizan, para lo que ahora importa, el derecho de defensa del condenado.

7. En virtud de las consideraciones expuestas, corresponde: *a)* hacer lugar a los recursos de queja e inconstitucionalidad interpuestos por la representante del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; *b)* dejar sin efecto la resolución de la Sala I que rechazó la queja por recurso de apelación de-

negado y la decisión de la jueza de primera instancia de fecha 10/7/2007, en copia a fs. 93, en cuanto impone el pago de los honorarios regulados al perito Jorge W. Kagel al Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires; *c)* remitir las actuaciones a la Sala I de la Cámara Contravencional y de Faltas para que, por su intermedio, se devuelva la causa al Juzgado en lo Contravencional y de Faltas Nº 16 para que dicte una decisión de acuerdo con las circunstancias comprobadas de la causa y los desarrollos argumentales que aquí se han vertido.

Así lo voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

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

La jueza Ana María Conde dijo:

En virtud de las consideraciones efectuadas por mi distinguido colega, el doctor José O. Casás, considero que corresponde hacer lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad deducido por el Consejo de la Magistratura de la Ciudad, revocar la resolución de la Sala I de la Cámara CyF y la resolución de la titular del Juzgado de Primera Instancia Nº 16 que obliga al Consejo de la Magistratura a afrontar el pago de los honorarios regulados a un perito arquitecto. Sólo quiero resaltar que, con independencia de los peculiares motivos que llevaron a la jueza de grado a designar a este perito "de oficio" —porque ninguna dependencia del Gobierno de la Ciudad, "podría colaborar" (ver a fs. 47 vta.), al parecer, por el supuesto "carácter privado" del pedido (fs. 46), en la realización de una mera inspección técnica destinada a determinar e informar la cantidad probable de jornadas que podrían insumir los trabajos necesarios para la "insonorización" acústica de un comercio, cuando paradójicamente dicha inspección, lejos de ser privada, había sido ordenada por la jueza en el marco de un incidente de ejecución de sentencia, frente al incumplimiento sistemático del contraventor legalmente condenado a realizar estos trabajos en virtud de una "instrucción especial", y con el único objetivo de sustituirla fundada y razonablemente por otra sanción de diferente naturaleza—, la imposición del pago al Consejo de la Magistratura, porque, en palabras de la jueza, "es razonable que [así] sea" (fs. 93 vta.), indudablemente resulta desprovista de toda seriedad y huérfana de cualquier fundamento que mínimamente la sustente. Dicho de otra forma, el hecho de que el Consejo de la Magistratura deba administrar los recursos del Poder Judicial y que para hacerlo cuente con un patrimonio considerable, naturalmente, no habilita a ningún magistrado a disponer libre, injustificada o discrecionalmente de él. Esta conclusión no importa sostener, por cierto, que tal organismo estatal no puede (o que no debe) costear los emolumentos del perito incluido en los listados oficiales, sino que, en todo caso, cuanto menos este acto de disposición del patrimonio público debió celebrarse de un modo responsable y tener como pauta de referencia lo establecido en la propia ley. En este sentido, como dictaminó el Fiscal General Adjunto, la jueza de grado prescindió de un análisis sensato acerca de los argumentos por los cuales, a su criterio, los hono-

rarios del perito —aun cuando hubiera sido designado de oficio— no integraban las "costas" que se le habían impuesto al contraventor en la sentencia de condena (art. 14, ley 12) o, más precisamente, por qué razón las "costas de la ejecución" de dicha sentencia no estaban a cargo del condenado "en costas", cuando, en realidad, éstas aparentemente se habían generado a partir del comportamiento renuente del contraventor. Nótese, por lo demás, que la jueza de grado estaba legalmente facultada para reducirlas proporcionalmente (imponiéndolas, por ejemplo, al Consejo y a la parte en la medida ajustada al caso) o, incluso, eximir de pago al obligado en atención a "sus condiciones personales" (art. 14, ley 12), pero, ciertamente, para ello debió realizar un mínimo esfuerzo argumental que —hasta el momento— no ha efectuado.

Asimismo, a pesar de lo expresado por mis distinguidos colegas de la Cámara CyF, el Consejo de la Magistratura ha logrado demostrar sobradamente que, al desconocérsele su legitimación procesal para intervenir en autos y al restringírsele su actuación indebidamente asimilándolo a una suerte de "tesorería", se ha menoscabado gravemente su legítimo derecho a defenderse en juicio (arts. 13.3, CCBA y 18, C.N.). Es sencillo, sostener que la intervención del Consejo debe limitarse "exclusivamente [al] libramiento de la orden de pago" (fs. 154 vta.) constituye una afirmación meramente dogmática que atenta, sin lugar a duda, contra el debido proceso del organismo responsable de dar cuenta de la ejecución del presupuesto legalmente asignado, porque como correlato obligatorio de esta responsabilidad se encuentra la facultad de, por lo menos, poder ser oído en juicio en defensa del patrimonio que le compete administrar. Como lo explica el Fiscal General Adjunto, en su reflexivo dictamen, sostener lo contrario nos conduciría a la absurda conclusión de que ese patrimonio carece de defensa en un supuesto en el cual una disminución significativa de aquél es reputada manifiestamente injusta e infundada. En estas condiciones, el tribunal *a quo* debió admitir que el Consejo de la Magistratura expresara su disconformidad con aquella imposición de pago y su deliberada omisión descalifica su labor, toda vez que, como se desprende del párrafo anterior, se ha prescindido del tratamiento de defensas relevantes que eventualmente pudieron modificar la solución del litigio.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. El recurso de queja cumple con los requisitos básicos que la ley local 402 impone. Asimismo, la crítica que contiene respecto del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad logra rebatir las razones dadas por la Cámara para cerrar el acceso a esta instancia extraordinaria. En otras palabras, la presentación del Consejo de la Magistratura logra poner en cuestión, desde una perspectiva constitucional (afectación del *derecho de defensa*), la actuación de los jueces de mérito durante la etapa de ejecución de la pena decidida en esta causa, en tanto imponen costas o gastos del procedimiento a quien no ha sido parte en él y luego, precisamente por ello, rechazan toda intervención defensiva (la del derecho a recurrir). Con respecto al requisito de sentencia definitiva establecido en el art. 27 de la ley 402, considero

que, pese a que aquí se discute una resolución diferente a aquella que decidió el caso por condena, la orden de imponer una obligación a quien no fue ni es parte, sin sustanciación alguna y sin posibilidad de cuestionamiento judicial posterior, es para esa persona *definitiva*. Por estas razones, voto por hacer lugar a la queja.

2. El caso que plantea el recurso de inconstitucionalidad es sencillo: durante el procedimiento de ejecución de una condena contravencional, la jueza competente en esa etapa procesal ordenó la producción de un peritaje. Una vez concluido, el profesional que cumplió esa labor solicitó la regulación de honorarios y, frente a ello, la magistrada fijó el monto que consideró adecuado por la actividad desarrollada y, además, ordenó al Consejo de la Magistratura (que hasta ese momento ni siquiera conocía la existencia de aquel pleito) que afrontara el pago. Esta resolución fue cuestionada por el Consejo a través de un recurso de reposición con apelación en subsidio y, posteriormente, mediante una queja por apelación denegada. Este último remedio procesal también fue rechazado por la Cámara, con la justificación de que el CM no era "parte" en el proceso, razón por la cual esa institución interpuso un recurso de inconstitucionalidad contra aquella sentencia.

3. El recurrente sostiene —y nadie ha discutido esa tesis— que se le impuso la obligación de abonar una suma de dinero sin que hubiera intervenido en el proceso de ningún modo. Denuncia, además, que tampoco se le permitió cuestionar aquella decisión debido a que la Cámara rechazó el recurso de queja por apelación denegada porque entendió —con razón— que el Consejo de la Magistratura no tenía la calidad de parte en este proceso. Sin embargo, justamente esa última afirmación demuestra el sinsentido del fallo: pese a que el CM no estuvo involucrado en el juicio (no fue parte), se le impuso caprichosamente una obligación de pago que, además, no puede cuestionar.

4. En esta causa contravencional se había decidido oportunamente que las costas del proceso debían ser abonadas por el condenado, según lo indican las reglas aplicables; sin embargo, durante la etapa de ejecución del fallo, la magistrada de primera instancia modificó de oficio su decisión anterior y —tal como indica el recurso— no dio intervención a quienes consideraba involucrados en la incidencia para que pudieran ser oídos antes de decidir el punto. De ese modo obligó a un tercero a afrontar gastos que de ningún modo colaboró en generar. Ésta era, justamente, la defensa central que el Consejo no pudo exponer ante la Cámara porque ese órgano judicial cerró inválidamente toda posibilidad de revisión del fallo (fs. 157/158). La negativa de la Sala I a reexaminar la sentencia conforma, entonces, la base del caso constitucional que el recurrente ahora expone ante el TSJBA.

5. Advierto, sin demasiado esfuerzo, la existencia de una lesión a la garantía constitucional de defensa en juicio. La decisión recurrida (agregada a fs. 157/158) afirma y, simultáneamente, niega la calidad de parte del recurrente: la afirma (al menos implícitamente), para imponerle una obligación de pago; y la niega (esta vez de forma explícita), para vedar la posibilidad de cuestionar esa decisión. Esa

sentencia, en otras palabras, además de resultar contradictoria, desconoce el derecho a ser oído del Consejo de la Magistratura respecto de aquellas cuestiones que pueden afectar el ejercicio de sus atribuciones (art. 116, CCBA; ley 31). Por lo demás, en todo caso es el perito —y no la jueza— quien debe reclamar el pago de sus honorarios a quien estime obligado a ello, con lo cual, eventualmente, ese obligado hubiera podido contestar el reclamo.

Por esa razón, esto es, exclusivamente por el motivo de agravio vinculado a la violación del *derecho de defensa*, corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad presentado, revocar la decisión de la Cámara que rechazó la queja y remitir el legajo a ese tribunal para que dé trámite al recurso de apelación interpuesto, en tanto fue ésa, y no otra, la pretensión del recurrente (conf. fs. 166 vta./167).

6. Deseo agregar, a modo de *obiter dictum,* que, en realidad, la peritación llevada a cabo —no juzgo ahora su necesidad— es un gasto que debiera afrontar quien pretende ejecutar la condena, al menos en un primer momento, sin perjuicio de dirimir posteriormente quién es el obligado por las costas del procedimiento de ejecución. Del mismo modo y por esa razón, el Estado construye cárceles e, incluso, habilita un servicio penitenciario, sin perjuicio de que podría imponerle a alguien —el recluso— los gastos que genera el cumplimiento de su pena. Las leyes procesales penales argentinas, normalmente, imponen al mismo tribunal que condenó el deber de ejecutar la pena, en lugar de conceder al Ministerio Público Fiscal la facultad de promover esa ejecución, aspecto que ha contribuido para tornar oscura la respuesta a la pregunta acerca de quién debe afrontar los gastos de ejecución de la pena. Pero de ello no puede extraerse la facultad de los jueces de imponer esta obligación a la persona que ellos determinen, y mucho menos aun cuando esta persona carece de presupuesto específico para ello. El resultado es todavía más criticable si, como sucede en el caso, no se escucha a quien, supuestamente, tendría el deber de afrontar esos gastos. Ante esta realidad, parece razonable que el juez requiera de quien entiende que debe afrontar el gasto para ejecutar la pena, el presupuesto necesario para ello, previo a comprometerse en el gasto. Así, si un juez condena a una pena privativa de la libertad de cumplimiento efectivo, remite a la persona condenada al Poder Ejecutivo para el cumplimiento de la pena y recibe como respuesta que no existen cárceles o que no hay más lugar para el alojamiento del recluso en aquellas que existen, deberá disponer, al menos por el momento, la suspensión de la ejecución de la pena hasta que quien es competente arbitre los medios necesarios para su cumplimiento.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de queja ha sido interpuesto por el Consejo de la Magistratura en tiempo y forma, y contiene una crítica suficiente al auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad.

2. El recurso de inconstitucionalidad introduce oportunamente y funda de modo adecuado al menos una cuestión constitucional: la arbitrariedad de la decisión

que desconoció al Consejo de la Magistratura su carácter de parte para apelar la resolución que le impusiera el pago de los honorarios del perito arquitecto, en un proceso en el cual hasta entonces no había intervenido en modo alguno.

La imposición de una obligación al recurrente interfiere en el marco de sus atribuciones y competencias y genera en consecuencia, su derecho a ser oído con las debidas garantías. Dicho en otros términos, es a partir de la condena a sufragar los honorarios del perito que el Consejo de la Magistratura resulta legitimado pasivo, puede constituirse en parte e intervenir útilmente en el proceso a fin de sostener su posición. Como lo enseña Palacio "los terceros cuya situación no encuadra en ninguna de las modalidades previstas por la ley, pero que sufren, no obstante, un perjuicio a raíz de una resolución judicial, se hallan habilitados para interponer el recurso de apelación..." (Palacio, Lino: *Derecho procesal civil*, t. IV, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1972, p. 84).

En estricto sentido, y en lo que hace a la condena por honorarios del perito arquitecto, el "vencido" es el Consejo de la Magistratura, que ha devenido deudor de una obligación dineraria por decisión judicial. De allí su justificado y legítimo interés en intervenir en el proceso por vía impugnativa, lo que no es ni más ni menos que hacer uso de una forma procesal que tiende a asegurar su derecho a ser oído.

La arbitrariedad de la sentencia se configura en tanto priva al recurrente del debido proceso legal y del acceso a la justicia.

3. Por los fundamentos expuestos *voto* por hacer lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad, dejar sin efecto el fallo del tribunal superior de la causa y ordenar que se trate debidamente el restante agravio de la apelación por la sala que siga en orden de turno ya que su consideración en esta instancia resulta prematura. Así voto.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Hacer lugar* a los recursos de queja e inconstitucionalidad interpuestos.

2º. Dejar sin efecto la resolución de la Sala I de la Cámara CyF que rechazó la queja por recurso de apelación denegado y la decisión de la titular del Juzgado de Primera Instancia Nº 16 de fecha 10/7/2007, en cuanto impone el pago de los honorarios regulados al perito Jorge W. Kagel al Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires.

3º. *Remitir* esta queja a la Sala I de la Cámara CyF para que, por su intermedio, se remita las actuaciones al Juzgado en lo Contravencional y de Faltas Nº 16.

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

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

XLIV

"GROSS, ALICIA MIRTA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'GROSS, ALICIA MIRTA C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Requisitos. Acordada 4/07, CSJN. Cuestión federal. Arbitrariedad de sentencia.

SUMARIOS:

1. Debe denegarse el recurso extraordinario federal pues la presentación incumple lo prescripto por varias disposiciones de la Acordada de la CSJN 4/07, al no satisfacer la presentación de una carátula en hoja aparte con los datos correspondientes (art. 2º); ni contener un relato claro y preciso de todas las circunstancias relevantes del caso (inc. b], art. 3º), e infringir lo indicado por el art. 8º desde que el actor menciona en el remedio federal varias normas de rango local sin transcribir su texto, ni indicar su período de vigencia. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al que adhiere Luis F. Lozano).*

2. Corresponde denegar el recurso extraordinario federal cuando se intenta introducir la cuestión federal exclusivamente mediante la invocación de la arbitrariedad de la sentencia, pues la admisibilidad del recurso por arbitrariedad es estricta, no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia, ni corregir fallos equivocados, sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que, deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la sentencia fundada en ley a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

3. Las decisiones por las cuales los tribunales locales declaran la improcedencia de los recursos de orden local que se interponen ante ellos son ajenas, en principio, a la instancia extraordinaria. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

Expte. nº 5354/07 - 12/3/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

Alicia Mirta Gross interpuso recurso extraordinario federal (fs. 53/56) contra la resolución del Tribunal que rechazó la queja planteada a fs. 28/30.

El Gobierno de la Ciudad de la Ciudad de Buenos Aires no contestó el traslado del recurso extraordinario (fs. 59).

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

El recurso extraordinario federal ha sido interpuesto en tiempo. No obstante, la presentación incumple lo prescripto por varias disposiciones de la Acordada de

la CSJN 4/07. Así, no se satisface lo indicado por el art. 2º (presentación de una carátula en hoja aparte con los datos correspondientes); por el art. 3º, b) ("el relato claro y preciso de todas las circunstancias relevantes del caso...") y, por fin, se infringe lo indicado por el art. 8º de la Acordada pues el actor menciona en el remedio federal varias normas de rango local sin transcribir su texto, ni indicar su período de vigencia. En consecuencia, voto por declarar inoficioso el recurso interpuesto.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Adhiero a la solución propuesta en su voto por la señora jueza de trámite, la doctora Alicia E. C. Ruiz. En efecto, corresponde denegar el recurso extraordinario interpuesto puesto que, aunque lo fue en tiempo y forma, el escrito no cumple con el requisito de exhibir fundamento autónomo, ni presenta ninguno de los supuestos del art. 14 de la ley 48, pues está dirigido contra una sentencia que, por razones relativas al procedimiento local, rechazó la queja interpuesta contra la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad local que, a su turno, estuvo articulado contra la sentencia de segunda instancia que resolvió el pleito con base en fundamentos no federales —constatación de que la cesantía de la actora se apoyó, en la legislación local vigente no tachada de inconstitucional a la luz de la Constitución Nacional.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. No obstante haber cumplido el recurrente con el requisito extrínseco de tiempo exigido ritualmente (conf. arts. 14 y concs., ley 48 y arts. 256 y 257, CPCCN), comparto la opinión que han expresado mis colegas preopinantes, la señora jueza de trámite, doctora Alicia E. C. Ruiz, y el doctor Luis F. Lozano, en el sentido de que el recurso extraordinario federal no satisface suficientemente algunos de los recaudos impuestos por la Acordada 4/07 de la CSJN.

2. Por lo demás, resulta claro que el recurso deducido no puede prosperar, puesto que en el caso no se debate cuestión alguna de índole federal que habilite la intervención de la Corte Suprema de Justicia. Como lo expliqué al resolver la queja oportunamente planteada por denegación del recurso de inconstitucionalidad, a la denuncia de presuntas "lesiones constitucionales", formulada en la presentación directa, sólo subyacía una manera diferente de valorar los hechos, su interpretación por la Cámara y la prueba incorporada al procedimiento. En consecuencia, y como lo sostuve, el entonces quejoso no había logrado articular un *caso constitucional* en los términos del art. 27 de la ley 402: su discrepancia con la sentencia impugnada, que confirmó la sanción de cesantía que se le impuso, remitía a tres cuestiones de hecho, prueba y derecho común, vinculadas a la interpretación de normas infraconstitucionales (bajo qué supuestos un sumario administrativo no puede considerarse interruptivo de la prescripción; la posibilidad de atribuirle a la actora la condición de imputada desde la iniciación del sumario y la identificación de los elementos que deben ser aportados a la causa para tener por acreditada la 'habitualidad' de la interpretación de la demandada en materia de prescripción de la acción disciplinaria).

3. Ante el deber de resolver ahora el recurso extraordinario federal planteado, y por paridad de razonamiento respecto de aquello expuesto en el apartado anterior,

se impone fundar el rechazo del recurso debido a la ausencia de toda *cuestión federal* en el caso. En verdad, el recurrente procura introducir la cuestión federal exclusivamente mediante la invocación de la arbitrariedad de la sentencia que impugna.

Al respecto, cabe destacar que la admisibilidad del recurso por arbitrariedad, como lo tiene dicho la Corte (aunque responsable de esta doctrina y de su abuso) en pronunciamientos aislada pero acertadamente recatados, se considera estricta: "La doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia, ni corregir fallos equivocados (...), sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que, deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la sentencia fundada en ley a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N." (*Fallos,* 312:246; 389, 608, 1839, entre otros).

El recurso, con relación a este agravio, resulta inadmisible en tanto se sostiene, básicamente, en la discrepancia del recurrente con la interpretación efectuada por el Tribunal en su sentencia.

4. Como surge de las consideraciones precedentes, concluyo que en este caso no se debate cuestión alguna de índole federal que habilite la intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Por tal razón, corresponde desestimar por inoficioso el recurso extraordinario bajo examen e imponer las costas a la vencida (art. 68, CPCCN).

La jueza Ana María Conde dijo:

El recurso extraordinario federal debe ser rechazado, ya que no plantea una cuestión federal en los términos del art. 14 de la ley 48.

La recurrente pretende abrir la mencionada instancia extraordinaria por la causal de "sentencia arbitraria", pero sus fundamentos constituyen una mera discrepancia con el fallo recurrido de este Tribunal, manifestaciones genéricas que no permiten visualizar que esté comprometida ninguna norma de carácter federal.

El juez José O. Casás dijo:

Tal como lo propician mis colegas preopinantes, el recurso extraordinario federal deducido por Alicia Mirta Gross debe ser denegado. En efecto, no sólo no se ha dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la Acordada de la CSJN 4/07 sino que tampoco se ha planteado un caso federal susceptible de habilitar la instancia de excepción ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

A fin de fundar la procedencia del remedio de marras, la recurrente aduce la arbitrariedad del pronunciamiento del Tribunal de fecha 21/11/2007 que rechazó su queja por recurso de inconstitucionalidad denegado.

Ahora bien, se advierte que, más allá de su acierto y error, este Estrado desarrolló los motivos por los cuales oportunamente entendió que los agravios planteados en sede local resultaban inatendibles. Allí se explicitaron las deficiencias argumentativas del recurso y se puso de resalto que los cuestionamientos efectuados remitían exclusivamente a la interpretación de normas locales —como el Estatuto del Docente— y aspectos de hecho, prueba y derecho procesal —vinculados a lo resuelto por la Cá-

mara sobre la deserción de la apelación interpuesta por la actora contra la sentencia de primera instancia y a la configuración del tercer cargo imputado a la parte actora en el sumario administrativo que dio origen a estas actuaciones judiciales—; circunstancias que impedían ejercer la competencia prevista art. 113, inc. 3º, CCBA. Así entonces, cabe recordar la reiterada doctrina de nuestro Tribunal cimero que sostiene que las decisiones por las cuales los tribunales locales declaran la improcedencia de los recursos de orden local que se interponen ante ellos son ajenas, en principio, a la instancia extraordinaria (conf. *Fallos,* 299:268; 308:1577; 311:100; entre muchos otros) y aquella otra que desde antiguo afirma que "la doctrina de la arbitrariedad es estricta en su aplicación, pues tiende a cubrir casos de carácter excepcional 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; 308:2351, 2456; 311:786; 312:246, 389, 608 y 323:2196, entre muchos otros).

Así lo voto.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal interpuesto por Alicia Mirta Gross.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva como está ordenado a fs. 48.

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

XLV

"L., P. A. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'L., P. A. C/GCBA S/REVISIÓN CESANTÍAS O EXONERACIONES DE EMP. PÚBL.'"

RECURSO DE QUEJA. EMPLEO PÚBLICO: Estabilidad. Médica: Práctica de maniobras obstétricas contraindicadas. Sentencia penal condenatoria. Daños y perjuicios. Indemnización por incapacidad sobreviviente y por daño moral. Arbitrariedad de sentencia. Cuestiones de hecho y de derecho infraconstitucional.

SUMARIOS:

1. Las numerosas referencias a la arbitrariedad de la sentencia vinculadas con la ponderación de los hechos constitutivos de la infracción, con sus posibles circunstancias atenuantes, con la interpretación y valoración efectuada por el *a*

quo de la sentencia condenatoria dictada en sede penal, con la vinculación entre la pena y la sanción administrativa, remiten a la consideración de aspectos de hecho y de derecho infraconstitucional, ajenos a la vía recursiva intentada. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

2. El acto administrativo no exhibe discrepancias con el cargo por el que fue indagada la actora, quien afirma que ella se defendió en el sumario administrativo por "provocar" la maniobra obstétrica y que en el acto de exoneración se establece que su responsabilidad emerge de haber "permitido" la práctica de esa maniobra médica, sino que existe una diferencia entre la descripción de la conducta atribuida en la sentencia penal y la que se efectúa en los fundamentos de la resolución administrativa, diferencias de léxico (reales, objetivas) que no han afectado los principios constitucionales que regulan la intervención sancionadora del Estado. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

3. Más allá de la discusión semántica sobre los términos utilizados por la Administración Pública para acusar y, posteriormente, sancionar a la actora —"provocar" o "permitir" la maniobra obstétrica de Kristeller—, lo cierto es que desde el primer momento la actora supo el hecho concreto que le imputaron, de modo que resulta difícil advertir el estado de indefensión que invoca, correspondiendo rechazar el recurso de queja. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

Expte. nº 5479/07 - 19/3/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. P. A. L. interpuso recurso judicial de revisión (fs.1/16 vta., expediente principal) de la resol. 1867-SS/03, dictada el 18/9/2003, por la que fue exonerada como obstétrica del Hospital General de Agudos "Ignacio Pirovano" del GCBA (en adelante: GCBA), por "Haber provocado maniobras obstétricas que produjeron lesiones graves a la paciente N. G. N., el 13/12/1996 en la sala de partos" y por "Haber sido condenada por el Juzgado Nacional en lo Correcional Nº 10, Secretaría Nº 76, causa nº 41.589/97, por ser coautora penalmente responsable del delito de lesiones culposas..." (fs. 495, expediente administrativo). La actora sostuvo en la demanda que el acto era nulo, de nulidad absoluta e insanable (conf. art. 14, inc. b], LPA), por haber sido dictado en violación a los arts. 9º, incs. i) y ñ), y 49, de la ley 471; y por contradecir las exigencias del art. 7º, incs. b) y e) de la LPA.

La señora L. expresó que a ella se le imputó haber practicado a la señora N. una maniobra obstétrica denominada "de Kristeller", que se hallaría contraindicada, y mediante la cual se habrían provocado lesiones a la parturienta, pero que fue exonerada por haber permitido la realización de esa maniobra. La actora planteó que esa diferencia entre el cargo que se le formuló y la causa por la que resultó segregada de la función pública violó el principio de congruencia, lesionó el debido

proceso adjetivo y produjo su indefensión. Refirió, además, que por su participación en el suceso fue condenada penalmente por el Juzgado Correccional Nº 10 como "...autora del delito de lesiones culposas", imponiéndosele las penas de multa de $ 3.000 e inhabilitación especial por dos años para ejercer profesión de obstétrica, pena de la que fue posteriormente rehabilitada.

También cuestionó la valoración de la prueba producida en el sumario, que consideró arbitraria, por no meritar diversos elementos de juicio que ella consideró relevantes, según el desarrollo que efectuó en la demanda.

La accionante se agravió por la consideración de la condena en sede penal, como fundamento para disponer su exoneración, ya que la ley local 471 habilita la separación de los agentes públicos en caso de condena firme por delito doloso, falta grave que perjudique a la administración o condena por delito cometido contra ella; sostuvo, además, que, si bien fue condenada en sede penal, se la consideró responsable de un delito culposo y que la conducta que le fue atribuida en la sentencia penal no coincide con la que se determinó en sede administrativa.

La señora L. planteó, asimismo, que las reglas vigentes condicionan la procedencia de la sanción de exoneración a que se ocasione un perjuicio a la administración local (art. 49, inc. a], ley 471), cuestión ésta aún pendiente de decisión en el juicio iniciado por la señora N. contra el GCBA, la actora y otros.

Finalmente, la actora consideró irrazonable, por excesiva, la sanción impuesta, pues fue rehabilitada para ejercer su profesión y obró de buena fe en todo momento. Afirmó que esas circunstancias no fueron tenidas en cuenta por la Administración al disponer su exoneración.

2. El GCBA contestó la demanda y solicitó su rechazo (fs. 131/139, expediente principal). Consideró que la acción incorrecta de la actora, cuyo resultado fueron las lesiones causadas a la señora N., constituyó una falta grave que permitió fundar la sanción extintiva de la relación de empleo público. También sostuvo que —con fundamento en el art. 1102 del Cód. Civil— había ya cosa juzgada tanto sobre la existencia del hecho, como sobre la culpabilidad de la agente exonerada, en virtud de la condena dispuesta en sede penal. El demandado afirmó que "la conducta de la ex agente encuadra típicamente en las faltas que describe el art. 37 de la ordenanza 40.401, vigente al momento de los hechos, norma reiterada en el art. 49 de la ley 471".

3. La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario rechazó la demanda, con costas a la vencida (fs. 191/195 vta., autos principales).

En los fundamentos de la sentencia, el tribunal ponderó la incidencia de la sentencia penal sobre las cuestiones planteadas en el juicio. Admitió que la condena penal podía influir en la aplicación de una sanción disciplinaria y consideró aplicable el art. 1102 del Cód. Civil a las causas contencioso-administrativas. Concluyó así que no era posible discutir en este juicio "la existencia del hecho que llevó a la condena en sede penal y que culminó con la separación de la actora de su puesto laboral".

Luego, la Sala resaltó ciertos aspectos de la sentencia penal y resolvió que los hechos que motivaron la condena penal otorgaban sustento suficiente a la medida disciplinaria adoptada y desestimó los agravios relativos a la existencia de vicios que condujeran a la ilegitimidad del acto administrativo cuestionado.

En cuanto a la supuesta afectación del principio de congruencia fundada en la "engañosa disyuntiva en punto a que 'provocar' no es lo mismo que 'permitir'" —según se expresa en la sentencia—, el tribunal consideró que ella no planteaba "un argumento adecuado para revertir la sanción aplicada", ya que no medió afectación del debido proceso adjetivo.

En relación con el argumento referido a la arbitraria valoración de la prueba en sede administrativa, la Sala consideró que en tal sede se posibilitó a la actora producir prueba, y que ella fue ponderada de modo correcto por la Administración. Agregó el tribunal que la accionante pretende, elípticamente, reabrir el juicio sobre la configuración y alcances del hecho dañoso, decidido en sede penal.

La sentencia destacó también la existencia de perjuicios para la Administración, en contra de lo afirmado por la actora en la demanda. Señaló que en los autos "N. N. G. c/GCBA s/daños y perjuicios" (expte. 2148/0) el GCBA, la señora L. y la señora N. V. G. fueron condenadas al pago a la señora N. de la suma de $ 90.000 por incapacidad sobreviniente y $ 70.000 por daño moral, pronunciamiento confirmado por la Sala I de la Cámara el 26/9/2006. De tal forma, resultaba aplicable el art. 49 de la ley local 471: "Serán causales de exoneración: a. falta grave que perjudique material o moralmente a la administración...".

La Sala II, por último, no consideró desproporcionada o irrazonable la sanción impuesta en relación con los hechos que la motivaron, aún frente a los atenuantes esgrimidos por la actora.

4. La actora interpuso recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia (fs. 201/229 vta., autos principales) invocando la lesión de principios constitucionales y la arbitrariedad de la decisión adoptada por el *a quo*. En el escrito afirmó: *a)* el fallo se aparta de la normativa vigente, en particular del principio de congruencia, y lesiona los arts. 1º y 18, C.N., y 13, inc. 3º, CCBA; *b)* la sentencia afecta la protección contra el despido arbitrario y la estabilidad en el empleo público, establecidas en el art. 14 bis, C.N., y 43, CCBA, ya que el procedimiento administrativo fue irregular y culminó con un acto administrativo incausado y sin motivación; *c)* se prescindió de interpretar las normas aplicables según la directiva del art. 43, CCBA (principio protector); *d)* en el procedimiento administrativo no medió correlación entre la acusación y la sentencia, ya que se le imputó haber "provocado" una maniobra obstétrica y se la exoneró por haberla "permitido"; *e)* no correspondía derivar automáticamente de la condena penal la necesidad de aplicar una sanción administrativa; se prescindió de considerar la buena fe de la actora y otras circunstancia atenuantes; *f)* la sentencia valoró arbitrariamente los hechos probados en el sumario y la normativa aplicable; y *g)* la sanción resultó desproporcionada (irrazonable).

5. El GCBA contestó el traslado conferido y solicitó el rechazo del recurso (fs. 233/236 vta., autos principales).

6. La Sala II no concedió el recurso (fs. 238/239 vta., autos principales). Consideró que la sentencia trató "cuestiones relacionadas con los hechos controvertidos, la adecuada incidencia de la sanción penal en la esfera administrativa, los fundamentos brindados en la jurisdicción correspondiente para el dictado de aquella, la inexistencia de vicios en el acto administrativo atacado, así como la pretendida diferencia 'sustancial' que pudiera afectar el debido proceso, la valoración de la prueba producida en sede administrativa y el fundamento legal y proporcionalidad de la sanción impuesta. Es decir, todas materias de derecho común". Agregó que en la causa "no se encuentra controvertida la interpretación o la aplicación de normas constitucionales en forma directa" y que "los argumentos expuestos —basados en su totalidad en una supuesta arbitrariedad— aparecen limitados exclusivamente al mero disenso del recurrente. No resulta que se logre demostrar y conformar, en forma precisa y detallada, un efectivo caso constitucional, a través de una construcción que desvirtúe las consideraciones y fundamentaciones contenidas en el decisorio".

7. La actora interpuso recurso de queja (fs. 99/131 vta.) ante el Tribunal para cuestionar el auto denegatorio. Requerido su dictamen, el señor Fiscal General Adjunto propició el rechazo de la queja (fs.141/143 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

I.

1. La queja planteada, en tiempo oportuno y debida forma, por la parte actora intenta que el Tribunal considere los agravios formulados por ella contra la sentencia de fs. 57/61 (copia) mediante la cual la Sala II de la Cámara de Apelaciones rechazó el recurso de revisión planteado contra el acto administrativo que dispuso la exoneración de la señora P. A. L. de su cargo de obstétrica del Hospital Pirovano.

El recurso de queja refuta suficientemente los fundamentos de la denegatoria en una cuestión principal: demuestra que en el caso se ha discutido (y resuelto en forma adversa a su pretensión) si el acto sancionatorio mantiene congruencia con los cargos formulados; recaudo que la recurrente considera constitucionalmente exigible por vincularse con la garantía del debido proceso (y del procedimiento administrativo) y con el derecho de defensa. Así, en contra de lo afirmado por la Sala, la actora ha planteado una cuestión constitucional en la oportunidad debida (escrito de demanda), cuestión desestimada por la instancia de grado pero que autoriza la intervención del Tribunal por la vía del recurso de inconstitucionalidad.

La queja, entonces, triunfa sólo en ese aspecto parcial de los agravios de la recurrente.

2. Por lo contrario, las numerosas referencias a la *arbitrariedad* de la sentencia vinculadas con la ponderación de los hechos constitutivos de la infracción, con sus posibles circunstancias atenuantes, con la interpretación y valoración efectuada por el *a quo* de la sentencia condenatoria dictada en sede penal, con la vinculación entre

la pena y la sanción administrativa, remiten a la consideración de aspectos de hecho y de derecho infraconstitucional, ajenos a la vía recursiva intentada.

La *arbitrariedad*, denunciada reiteradamente en el recurso de inconstitucionalidad, no significa otra cosa —semánticamente— que la voz *agravio*, más utilizada académicamente para señalar un presupuesto de los recursos. Y ella, a su vez, no significa otra cosa que *perjuicio* que la decisión provoca por no haber aceptado los puntos de vista del recurrente en cuanto a la valoración del caso y a la determinación de la norma jurídica que le da solución. Pero, a más de toda la jurisprudencia del Tribunal sobre lo marcadamente excepcional de la procedencia del recurso por este motivo, según señala la creadora del llamado *motivo* del recurso federal ante ella, nuestra CSJN (ver, por todos, expte. nº 5099/06 "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Palomes, Susana c/OsCBA y otros s/amparo [art. 14, CCBA]'"), y de la opinión mía, varias veces más estricta que aquella (conf. mis votos 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 nº 2630/03 y sus acumulados exptes. nº 2538/03 y nº 2585/05, sent. del 12/8/2004, y sus citas; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]'", expte. nº 3565/04, resolución del 26/5/2005 y "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Lococo, Marcela c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]'", expte. nº 3792/05, resolución del 29/6/2005), tal perjuicio, innegable en el caso, no emerge en razón de una regla constitucional de mayor rango que las comunes, que habla sobre la validez de estas últimas, aplicadas en el caso, sino, tan sólo, de una discrepancia acerca de aquello que significa el caso y aquello que dice el derecho común (infraconstitucional) y local vigente, afirmación con la cual queda clausurada esta "tercera instancia", intentada sin derecho y por fuera de los límites de competencia del TSJBA, conforme a la ley que rige esa competencia judicial (CCBA, 113 y ley procesal local nº 402).

3. Tampoco resultan atendibles la referencias a la afectación del principio protector (art. 43, CCBA), ni la mentada lesión a la garantía de la estabilidad (art. 14, C.N., y 43, CCBA), pues ellas carecen de un desarrollo autónomo suficiente que vincule el contenido del precepto constitucional con lo actuado y decidido en la causa.

Con el alcance parcial, que surge de los puntos precedentes, consideraré el recurso de inconstitucionalidad de la actora.

II.

4. Se ha probado en la instancia de mérito:

a) De acuerdo con las actuaciones administrativas acompañadas como prueba y con la sentencia penal, la señora L. intervino en la asistencia obstétrica de la señora N. en la sede del hospital Pirovano. La actuación de la actora fue considerada incorrecta en ambas sedes. En la causa penal se dictó en contra de ella una sentencia condenatoria por considerarla coautora del delito de lesiones culposas.

b) Del sumario administrativo surge que el hecho que se imputó a la actora al recibirle declaración indagatoria fue "Haber *provocado* maniobras obstétricas..." (fs. 219, expte. nº 39297/00, sumario nº 673/00).

c) La señora L. declaró en el sumario "*Que niega haber realizado la maniobra (...) y tampoco lo ordenó*" (fs. 219, expte. nº 39297/00, sumario nº 673/00).

d) El dictamen del Director de Sumarios aconsejó sancionar con exoneración a la actora por "Haber *provocado* maniobras obstétricas que produjeron lesiones graves a la paciente N. G. N. ..." (fs. 414 vta., sumario nº 673/00).

e) La resolución de exoneración atribuyó en su parte dispositiva a la actora "Haber *provocado* maniobras..." (fs. 470, sumario nº 673/00).

Como se puede advertir de aquello que fue reseñado en los puntos *b*, *d*, y *e*, en realidad no existió diferencia entre el cargo que le fue informado a la actora, al recibirle declaración, y la causa expresada en la parte dispositiva de la resolución que dispuso su exoneración: en ambos actos se le atribuye haber "provocado" las maniobras obstétricas.

5. La actora afirma que el cargo acerca del cual ella se defendió en el sumario administrativo fue de "provocar" la maniobra y que en el acto de exoneración se establece que su responsabilidad emerge de haber "permitido" la práctica de esa maniobra médica. A la diferencia entre imputarle "provocar" un acto y sancionarla por "permitir" su práctica atribuye las lesiones constitucionales que denuncia: *a)* afectación del debido proceso, y *b)* indefensión.

Como se demostró en el punto anterior, el *dictum* del acto administrativo no exhibe discrepancias con el cargo por la que fue indagada la señora L. Existe sí una diferencia entre la descripción de la conducta atribuida a la señora L. en la sentencia penal y la que se efectúa en los fundamentos de la resolución administrativa. En aquélla se afirma que la aquí actora *indicó a una enfermera la realización de una maniobra*, que fue la causa de las lesiones sufridas por la señora N. En cambio, el acto administrativo sancionador resulta un tanto contradictorio en sus fundamentos a ese respecto, ya que, por una parte, expresa que el cargo formulado a L. fue "*Haber permitido maniobras obstétricas*..." (expresión que no se ve corroborada al consultar el acta en que consta la declaración indagatoria de la actora, fs. 28/29/30 del recurso judicial, que corresponde a fs. 219/221 del sumario administrativo), y, por la otra, considera que el hecho acreditado consiste, en relación con la actora, en haber "*realizado* (...) maniobras obstétricas"; afirmación ésta que la resolución vincula con lo decidido en la causa penal al señalar que allí se sostuvo que "las sumariadas [G. y L.] en circunstancias de encontrarse interviniendo en el parto de la paciente N., *dispusieron la práctica* de una maniobra obstétrica".

Considero que esas diferencias de léxico (reales, objetivas) no han afectado los principios constitucionales que regulan la intervención sancionadora del Estado. La lectura de la declaración indagatoria brindada en el sumario administrativo por la señora L. pone en claro que tras informársele el hecho imputado (haber realizado

la maniobra obstétrica), ella negó haberla practicado. También se constata que la instrucción la interrogó sobre las declaraciones de terceros que señalaron que ella indicó hacer la maniobra a una enfermera llamada "T.", cuestión que fue negada por la actora (ver en extenso fs. 219/220, sumario administrativo nº 673/00). No se advierte, en consecuencia, afectación alguna al derecho de defensa ya que pudo conocer las distintas versiones referidas a su forma de intervención en el hecho (*provocar*, *indicar* o *permitir* la práctica de la medida obstétrica indebida) y ejercer ampliamente su defensa. En otros términos: conoció el hecho atribuido, las pruebas en su contra y ejerció con asistencia letrada su defensa durante el sumario.

Por lo demás, entre provocar una maniobra obstétrica, indicar una maniobra obstétrica y permitir una maniobra obstétrica sólo media una diferencia de léxico, para un contenido semántico similar, diferencia que no permite un triunfo argumental como el que pretende la recurrente.

En consecuencia, las constancias sobre los actos de la causa dejan sin sustento la denuncia de lesión de derechos y garantías constitucionales en la resolución del sumario administrativo —y en la sentencia de la Cámara—, argumento en el que la actora pretendió fundar el caso constitucional. Dicho sea de paso, la sustanciación y decisión en forma regular y legítima del sumario administrativo, desvirtúa también la ligera mención a la garantía de la estabilidad en el empleo público que la actora efectuara en su demanda. Precisamente, para preservar la vigencia de ese principio, es que se instruyó el sumario administrativo y se le dio oportunidad amplia de defensa, incluso técnica.

6. La sentencia recurrida afirma —y no es negado por la actora en la expresión de agravios— que el GCBA, junto con las Sras. G. y L., fue condenado a resarcir a la señora N. en la suma de $ 160.000, por las lesiones que ella sufriera durante la asistencia hospitalaria que dio lugar a las actuaciones penales y disciplinarias.

Ello ratifica la gravedad de la conducta atribuida a la actora que, además del reproche penal, habilitó la reparación civil, extendida al Estado sobre la base de su responsabilidad directa por falta de servicio (art. 1112, Cód. Civil), y, con ello, el aserto de la Cámara al considerar racional la sanción administrativa aplicada, con base en la ley común aplicable. El conjunto de ámbitos de ilicitud vulnerados por el obrar culposo de la actora y sus consecuencias, permiten descartar, también, la denuncia de exceso de punición mencionada en el recurso.

7. En verdad, como lo anticipé al ponderar la queja, las referencias constitucionales que la recurrente ha efectuado, y la denuncia de arbitrariedades en el sumario y en la sentencia recurrida sólo se refieren ostensiblemente a cuestiones de prueba y de derecho común (infraconstitucional) local, que la sentencia criticada determinó y aplicó, conforme a su propia valoración e interpretación. El recurso no expone otra cosa que su desagrado con esa valoración y con esa interpretación, razón por la cual no existe lesión constitucional alguna en el procedimiento seguido para decidir la cuestión.

Por las razones expuestas en los puntos I y II propongo dictar sentencia con el siguiente dispositivo: *1)* hacer lugar parcialmente al recurso de queja planteado

por la actora; *2)* rechazar, en cuanto es admitido, el recurso de inconstitucionalidad planteado por la actora; *3)* imponer las costas a la parte vencida.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Adhiero a los puntos 1 y 3 a 7 de los fundamentos expuestos en el voto del juez Maier.

Asimismo, el agravio introducido en el recurso de inconstitucionalidad en torno a la arbitrariedad de la sentencia resulta improcedente. La admisibilidad del recurso extraordinario por arbitrariedad, 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).

Por lo expuesto, me sumo a la solución propuesta por el señor juez de trámite.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. Si bien el recurso de queja interpuesto por la actora fue deducido en tiempo oportuno (art. 33, LPTSJ), no puede prosperar, ya que no logra rebatir el principal fundamento en virtud del cual fue denegado su recurso de inconstitucionalidad: la ausencia de un caso constitucional.

2. La actora, en sus recursos de inconstitucionalidad y queja, sostiene que se han violado sus derechos constitucionales al debido proceso y la defensa en juicio con el dictado, por parte de la Cámara, de una sentencia manifiestamente arbitraria, con fundamentos sólo aparentes que no encuentran respaldo en las circunstancias comprobadas de la causa.

En resumen, la accionante fundamenta su tacha de arbitrariedad en las siguientes críticas a la sentencia definitiva de la Cámara:

No haber ponderado correctamente la violación del principio de congruencia ocurrida durante la tramitación del sumario administrativo, por falta de correlación entre la acusación que le imputaron y la sanción de cesantía.

Convalidar una sanción administrativa fundada en la condena en sede penal, cuando ella no implica *per se* la imposición de un castigo administrativo.

Desconocer el derecho a la estabilidad del empleado público.

No haber contemplado la inexistencia de perjuicio para la Administración Pública, que impediría la aplicación del art. 49, incs. a) y b) de la ley 471.

Haber confirmado una sanción administrativa irrazonable y desproporcionada.

3. Con relación al primer punto, la señora L. manifiesta que existe incongruencia entre el cargo por el cual se la indagó y el hecho por el que se la exoneró, lo que deriva en una afectación del derecho de defensa en juicio, provocándole un estado de indefensión (fs 106 vta.). Para demostrarlo, cita y transcribe fragmentos de declaraciones testimoniales obrantes en el expediente (fs. 104 y ss.) intentando demostrar que era imposible que ella pudiera llevar a cabo la maniobra de Kristeller, hecho que provocó las lesiones en la paciente que dieron origen a la causa penal.

Como puede verse, la recurrente no exhibe más que su disconformidad con la valoración de la prueba y con la aplicación por la Cámara de normas infraconstitucionales y de derecho común. 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 concreta cuestión constitucional que habilite el recurso en análisis. Nunca logró demostrar cuáles fueron las defensas o argumentos que no pudo esgrimir por las falencias que asigna al sumario y al no identificar vicios concretos en la actuación sumarial, no logra acreditar que la sanción impugnada fuera el resultado de un procedimiento irregularmente tramitado.

Y es que más allá de la discusión semántica sobre los términos utilizados por la Administración Pública para acusar y, posteriormente, sancionar a la actora —"provocar" o "permitir" la maniobra de Kristeller—, lo cierto es que desde el primer momento la actora supo el hecho concreto que le imputaron (ver notificación de los cargos efectivizada en el acta de fs. 216 de las actuaciones administrativas), por lo tanto resulta difícil advertir el estado de indefensión que invoca.

4. Con relación al agravio referido a la condena en sede penal y su efecto en la sanción administrativa, es necesario destacar que el art. 1102 del Cód. Civil veda toda discusión sobre la existencia de los hechos y el juicio afirmativo de culpabilidad. La norma es clara en el sentido de establecer que "después de la condenación del acusado en el juicio criminal no se podrá contestar en el juicio civil la existencia del hecho principal que constituya el delito ni impugnar la culpa del condenado".

Por lo tanto, la Cámara no podía apartarse, sin violentar dicha norma —que pretende evitar la producción de sentencias contradictorias sobre el aspecto del hecho principal que constituye el delito—, de la conclusión en que se funda la sentencia condenatoria y que hace cosa juzgada respecto de la existencia del hecho constitutivo del ilícito y la culpa del imputado.

Si bien es cierto que el procedimiento administrativo disciplinario y el proceso penal son diferentes por su génesis, sus fines y sus sanciones, y teóricamente puede admitirse un cierto paralelismo entre ellos, práctica y racionalmente ha de evitarse que un mismo hecho dé lugar a decisiones contradictorias en el proceso penal y en el procedimiento administrativo (Marienhoff, Miguel S.: *Tratado de derecho administrativo,* t. III-B, 3ª ed. actualiz., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, §§ 1063 y ss., pp. 424 y ss.). El fundamento radica en que la verdad real siempre debe ser una sola, razón por la cual lo resuelto administrativamente como pasible de sanción disciplinaria debe ser coherente con lo resuelto en sede criminal, en resguardo de elementales principios de lógica jurídica.

5. En cuanto al agravio referido a la estabilidad del empleado público, la misma recurrente señala que la estabilidad no es una garantía absoluta y que la desvinculación del empleado público no puede llevarse a cabo sin la sustanciación de un debido procedimiento; sin embargo no logra demostrar con la seriedad debida, cuáles han sido los vicios del procedimiento administrativo que lo invaliden como tal, o de qué forma se vio lesionado su derecho de defensa.

La mera ruptura del vínculo laboral no suscita automáticamente un conflicto con la garantía de estabilidad ni con las previsiones del art. 18, C.N. y 13 de la CCBA, por eso es preciso que la actora conecte las cláusulas constitucionales mencionadas con la sentencia atacada, cuestión que no ha hecho.

6. Sobre el perjuicio provocado al GCBA, la accionante pretende relativizarlo sosteniendo que la condena fue en forma solidaria (fs. 130 vta.).

En primer lugar, el hecho de que la condena en sede civil haya determinado responsabilidades concurrentes —y no solidarias, como incorrectamente afirma la actora— entre el GCBA, la actora y la señora G., no impide que la damnificada pueda ejecutar el total del monto indemnizatorio contra el GCBA, más allá de las posibles acciones de regreso. Por lo tanto, el perjuicio económico sufrido por la Administración local es claro y patente.

En segundo lugar, circunscribir el concepto de perjuicio, a lo económico o monetario, no es acertado. Es la misma normativa que regula las relaciones laborales en la Administración Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (ley 471) la que es clara al establecer en su art. 49, como causales de exoneración la "falta grave que perjudique material o *moralmente* a la Administración", y no hay dudas que el hecho de la cesantía le causa un daño a la imagen del Estado local, como acertadamente lo señala el GCBA al decir que "la inconducta profesional de la cesanteada produce indudablemente una desvalorización del concepto que los contribuyentes de la Ciudad tienen con relación a la prestación de los servicios médicos que ofrecen los efectores públicos de salud, cuya labor se ve desprestigiada por hechos como los de autos" (fs. 138).

7. La invocación de la presunta irrazonabilidad y desproporcionalidad de la cesantía convalidada por la sentencia de Cámara resulta un planteo poco serio que no merece mayores consideraciones.

Si tenemos en cuenta las graves lesiones que la maniobra de Kristeller le causó a la paciente, y la existencia de sendas condenas en sede penal y en sede civil por la conducta negligente de la actora, no cabe otra solución que desechar la tacha de arbitrariedad sobre este aspecto.

8. En conclusión, las manifestaciones del la señora L. constituyen una mera discrepancia con los fundamentos que sustentan la sentencia recurrida, la cual, más allá de su acierto o desacierto, constituye una decisión seria y razonable, que no puede ser calificada como arbitraria.

A los fines de intentar demostrar la arbitrariedad de la sentencia no es suficiente alegar que la resolución recurrida es "incongruente" (fs. 127 vta.), "irrazonable e ilegítima" (fs 129), ni sostener que la resolución que dispuso su exoneración es arbitraria por omitir en su fundamentación dichos y testimonios producidos en la causa. Que la parte recurrente discrepe con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que la sentencia devenga infundada y, por ende, arbitraria (conf. *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, t. I, pp. 282 y ss., en: "Federación Argentina de Box c/GCBA s/acción de inconstitu-

cionalidad", expte. nº 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).

La misma Corte Suprema enfatizó que la doctrina de la arbitrariedad, dado su carácter excepcional, exige de quien la invoca la demostración rigurosa e inequívoca del vicio que atribuye al fallo recurrido (*Fallos,* 303:387).

Por lo tanto, como acertadamente lo señala el Fiscal General Adjunto en su dictamen, la recurrente reitera el defecto que ya señalara la Cámara en la sentencia de fs. 238/239, al rechazar el recurso de inconstitucionalidad. En esa oportunidad el Tribunal sostuvo que no se encontraba controvertida la interpretación o aplicación de normas constitucionales en forma directa, y que la discusión versaba sobre cuestiones de hecho y prueba. Ahora, el escrito de interposición del recurso de queja reproduce casi en su totalidad la fundamentación de los recursos de revisión y de inconstitucionalidad sin lograr refutar el argumento en que el Tribunal fundara el rechazo de éste último.

Por todo lo expuesto, considero que la queja debe ser rechazada.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. La queja no logra demostrar que el recurso de inconstitucionalidad articulado contra la sentencia de fs. 191/195 (autos principales) contenga agravios susceptibles de consideración en esta instancia.

2. En el pronunciamiento impugnado, la Sala II CAyT sostuvo que no era posible discutir en este juicio la existencia del hecho que llevó a la condena en sede penal y que culminó con la separación de la actora de su puesto laboral (v. punto 6). También desestimó la presencia de vicios que provocaran la nulidad del acto administrativo que la actora postulaba, básicamente, sobre la base del menoscabo del principio de congruencia y de la valoración arbitraria, tanto de los hechos probados, así como de la normativa aplicable.

Aunque la accionante señala que tales agravios lesionan las garantías contempladas en los arts. 18, 14 bis de la C.N. y 13 y 43 de la CCBA no logra conectarlas con el pronunciamiento cuestionado. Ello así, por cuanto se invoca el derecho de defensa y la estabilidad propia del empleo público, sin indicar cómo el desarrollo del procedimiento administrativo en las condiciones que reclama el recurso hubiera determinado que el proceso penal —cuya conclusión consistente en sostener que la actora indicó a una enfermera la realización de una maniobra que fue la causa de las lesiones sufridas por la señora N., extremo no discutible en jurisdicción de la Ciudad— proyectara, en la instancia revisora contemplada en el art. 464 del CCAyT, un alcance distinto del que postula el *a quo*.

En tales condiciones, la sentencia atacada encuentra en la normativa infraconstitucional aplicable (v. gr. art. 1102 del Cód. Civil y el régimen disciplinario aplicable a la relación de empleo que la actora mantenía con el GCBA, Ordenanza 40.401

y ley 471) un apoyo suficiente e independiente de las cláusulas constitucionales citadas que carecen, entonces, de relación directa con la decisión impugnada.

3. Finalmente, pese a que la recurrente sostiene que la sanción aplicada resulta desproporcionada, no corresponde a este Tribunal analizar el modo en que fue interpretada la potestad de exonerar agentes sobre la base de una nómina de causales meramente enunciativa (art. 50, ley 471), cuya validez constitucional no fue objetada en autos.

Por las razones dadas, de acuerdo con lo dictaminado por el señor Fiscal General Adjunto, voto por rechazar la queja interpuesta a fs. 99/131.

El juez José O. Casás dijo:

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

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el señor Fiscal General Adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja planteada por la señora P. A. L.

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

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

XLVI

"MINISTERIO PÚBLICO —ASESORÍA GENERAL TUTELAR DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES— C/GCBA S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD"

ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD. ASESORA GENERAL TUTELAR: Legitimación activa. Ley 1903. Norma de carácter general emanada de las autoridades de la Ciudad de Buenos Aires. Convención sobre los Derechos del Niño.

SUMARIOS:

1. La Asesora General Tutelar está legitimada para interponer la demanda de inconstitucionalidad, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 18, inc. 4º, de la ley 402, en atención a las obligaciones que para la Asesoría Tutelar surgen del art. 59 del Cód. Civil así como de la CCBA y de la ley 1903, que imponen a ese órgano intervenir como representante promiscuo, en resguardo de los derechos de las personas

menores de edad o los incapaces, cuando se encuentren comprometidos, sea por inacción o déficit de la que ejercen sus padres, tutores o curadores. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere el señor juez José O. Casás).*

2. La demanda de inconstitucionalidad debe admitirse formalmente pues identifica de modo preciso la norma que la accionante estima contraria a las cláusulas constitucionales invocadas y expresa fundamentos suficientes, para esta instancia procesal, al sostener que el art. 27 de la ley 12 viene a consagrar un sistema de disposición tutelar inscripto en el marco de la doctrina de la "situación irregular" en contra de los principios estructurantes de la Convención sobre los Derechos del Niño a partir de los que el niño deja de ser considerado objeto de tutela y represión para constituirse en un sujeto de derechos, con afectación de los principios de culpabilidad, inocencia, legalidad, debido acceso al control judicial de la aprehensión de niños o jóvenes y resguardo suficiente de su derecho de defensa. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere el señor juez José O. Casás).*

3. El art. 18, inc. 4º de la ley 402 confiere a cada uno de los titulares del Ministerio Público local legitimación para promover la acción declarativa de inconstitucionalidad, al tiempo que una ley posterior y específica —ley 1903— concede esta prerrogativa en forma expresa únicamente al Fiscal General (art. 29, inc. 2º), atento la necesidad de que este Ministerio se exprese conforme el principio de unidad de actuación (art. 4º, ley 1903), y la naturaleza propia de la actividad de los órganos del Poder Judicial cuyas funciones están destinadas a efectivizarse, primordialmente, en los casos concretos en los que le toca intervenir. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

4. No puede interpretarse que del art. 59 del Cód. Civil surja una representación promiscua extendida en abstracto a toda la niñez en general, pero tampoco puede perderse de vista que la Constitución local ha incorporado esta posibilidad de actuación judicial en abstracto y que los arts. 124 y 125, así como las funciones que la ley 1903 le impone desempeñar al Ministerio Público justifican que se considere con aptitud procesal suficiente para la promoción de la acción directa a la señora Asesora Tutelar. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

Expte. nº 5541/07 - 19/3/2008

VISTO:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. A fs. 1/19 la Asesora General Tutelar, doctora Laura C. Musa, interpuso la acción prevista en el art. 113, inc. 2º de la CCBA para que se declare "la invalidez constitucional y pérdida de vigencia (...) del art. 27 de la ley 12" según el cual: "Cuando la persona que estuviere incursa en una conducta calificada como contravención sea menor de 18 años, *y ésta pudiera representar un riesgo para sí o para terceros, el o la Fiscal o la autoridad preventora debe ponerlo/ponerla inmediatamente a disposición del organismo previsto en el art. 39 de la CCBA* [por

ser contrario] a los arts. 18 y 19 de la C.N., art. 13, incs. 3º, 9º y 11 de la CCBA, arts. 37 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y arts. 7º, 8º y 9º de la CADH, y arts. 9º, 10, 14 y 15 del PIDCyP".

Explica que "[e]l legislador constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires receptó, en el texto de la norma originaria, los principios estructurantes de la Convención sobre los Derechos del Niño, inaugurando de esta forma, una nueva relación del Estado con el universo de la infancia y generando un cambio sustancial en la concepción del derecho de niños y jóvenes". En tal contexto, la norma impugnada, que "legisla el momento de la aprehensión de una niña, niño o adolescente que haya sido sorprendido en una conducta presuntamente infractora de la ley contravencional" constituiría un resabio de la concepción tutelarista, que consideraba a los niños y jóvenes como objeto de tutela y represión, y que institucionalizó la vulneración sistemática de derechos y garantías de los menores y sus familias.

La demanda postula que en tanto las personas menores de 18 años de edad no son punibles para la ley contravencional, excepto para la comisión de las de tránsito (art. 11 de la ley 1472), la exclusión del poder punitivo a su respecto debería operar desde el mismo momento del hecho, y debe eliminar la puesta en marcha de cualquier respuesta estatal posterior. Esto significa, conforme señala la actora, "exclusión absoluta, y el Estado, a través de cualquiera de sus agencias estatales, tiene prohibido inmiscuirse discrecionalmente en la vida del niño". Ello porque, según sostiene, los procesos de disposición tutelar excluyen explícitamente a la persona menor de edad del ámbito protector de garantías penales para trasladarlo a un sistema que gira en torno a los conceptos de protección, prevención, peligrosidad y resocialización.

Por otra parte, la actora también sostiene que la forma de intervención dispuesta por la norma impugnada "vulnera el principio de culpabilidad penal, consagrado en los arts. 18 y 19 de la C.N., art. 13 de la CCBA, art. 9º de la CADH, art. 15 del PIDyC, art. 40 de la Convención de los Derechos del Niño, en cuanto se habilita la intervención coactiva en la vida de un niño más allá de la conducta violatoria de la ley contravencional y en virtud de valoraciones respecto de la peligrosidad que su conducta pueda representar para sí o para terceros". En tal sentido, argumenta que "[l]a institución del concepto de 'riesgo' define una hipótesis de desviación indeterminada y puramente valorativa, que corresponde al llamado 'derecho penal de autor', vedado expresamente por el texto de la Constitución local (...) por el cual el Estado transforma al niño o adolescente en un individuo 'peligroso', que debe ser corregido o neutralizado, para su beneficio o para terceros". Además, el concepto de riesgo generaría un amplio margen de discrecionalidad que autoriza a la autoridad preventora, o al fiscal actuante, a realizar un juicio de valor sobre la situación personal o social del niño o joven sorprendido en una conducta infractora de la norma contravencional".

Agrega la Asesora General Tutelar que, indisolublemente unido a lo anterior, la norma importaría una "clara vulneración al principio de máxima taxatividad legal,

derivado del principio de legalidad" que consagra a los comportamientos (acciones o hechos) como objeto de prohibición normativa sin que pueda ella recaer sobre "una condición o circunstancia personal y/o social, premisa básica de un Estado de derecho".

A su vez, también resalta la accionante que el rótulo riesgo entrelazado con la "puesta a disposición" del organismo previsto en el art. 39 de la CCBA "abre un abanico de posibilidades, que legitiman el accionar del funcionario encargado de ejecutar la medida (fiscal o funcionario judicial) y que puede traducirse en un ejercicio arbitrario de la coerción penal, como también en una intromisión indebida en la vida privada de la persona menor de edad imputada, y de su grupo familiar". Todo lo cual, a su criterio, consagra una situación sumamente restrictiva de las garantías que surgen del principio de inocencia.

Finalmente, en la demanda se sostiene que la formulación legal del precepto impugnado no asegura el control judicial de las decisiones que la norma admite ni el derecho de defensa del niño o joven imputado. Por un lado, señala que el art. 27 "no establece el efectivo control del juez de las condiciones en las cuales se lleva a cabo la aprehensión de un niño o adolescente presuntamente infractor de la ley contravencional, como tampoco se encuentra regulada la protección legal del derecho a contar con un abogado defensor que pueda cuestionar dicho procedimiento, en violación a lo dispuesto por el art. 18, C.N., art. 13, inc. 3º y 11 de la CCBA, arts. 7º y 8º de la CADH, arts. 9º, 10 y 14 del PIDCyP y art. 37 y 40 de la Convención de los Derechos del Niño".

Por todo ello, la actora solicita que "[s]e haga lugar a la presente acción declarándose la inconstitucionalidad del art. 27 de la ley 12, y la pérdida de vigencia de aquélla".

2. Al evacuar la vista conferida a fs. 26 el señor Fiscal General propició declarar formalmente admisible la demanda. El dictamen señala que "pese a que se advierte que la accionante no ha efectuado un análisis minucioso del alcance de las normas constitucionales en juego, que permita derivar de ellas las conclusiones a las que llega, ni de disposiciones infraconstitucionales relevantes que delimitan la materia que pretende someterse a análisis (...) los motivos específicos que encausan su pretensión resultan suficientemente definidos, por lo que, independientemente del acierto o error de los mismos, considero que resulta formalmente procedente la acción declarativa de inconstitucionalidad interpuesta " (fs. 29 vta./30).

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. La Asesora General Tutelar está legitimada para interponer la demanda de inconstitucionalidad, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 18, inc. 4º, de la ley 402. Ello resulta de evaluar su aptitud procesal a la luz de la normativa que define la competencia del órgano que encabeza que, a los efectos del control abstracto propiciado en este juicio, brinda soporte suficiente a la pretensión esgrimida (conf. art. 124 y 125 de la CCBA y arts. 1º/3º, 17 y 48/49 de la ley 1903).

En tal sentido, aunque no es natural que un órgano cuyas competencias surgen de la ley reciba la facultad de promover la inconstitucionalidad de las leyes que deba aplicar, ante el supuesto bajo análisis, la situación debe ser admitida. Las obligaciones que para la Asesoría Tutelar surgen del art. 59 del Cód. Civil así como de la CCBA y de la ley 1903, imponen a ese órgano intervenir como representante promiscuo, en resguardo de los derechos de las personas menores de edad o los incapaces, cuando se encuentren comprometidos, sea por inacción o déficit de la que ejercen, según el caso, sus padres, tutores o curadores. Ese deber también incluye, entonces, peticionar la inconstitucionalidad de leyes que afecten los derechos de los menores e incapaces por cuyo respeto tiene que velar.

2. La norma impugnada fue dictada por las autoridades locales y es de carácter general, por lo que se encuentran cumplidos los requisitos establecidos por el art. 113, inc. 2º de la CCBA y el art. 17 de la LPTSJ.

3. El art. 27 de la ley 12 es cuestionado por razones de carácter constitucional, dado que según la parte actora, ese precepto, resultaría violatorio de los arts. 18 y 19 de la C.N., arts. 13, inc. 3º, 9º y 11 de la CCBA, arts. 37 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y arts. 7º, 8º y 9º de la CADH, y arts. 9º, 10, 14 y 15 del PIDCyP. Con ello se cumple otra de las exigencias del art. 113, inc. 2º de la CCBA y del art. 17 de la ley 402.

4. La demanda también identifica de modo preciso la norma que la accionante estima contraria a las cláusulas constitucionales invocadas y expresa fundamentos suficientes, para esta instancia procesal, al sostener que el artículo cuestionado viene a consagrar un sistema de disposición tutelar inscripto en el marco de la doctrina de la "situación irregular" en contra de los principios estructurantes de la Convención sobre los Derechos del Niño a partir de los que el niño deja de ser considerado objeto de tutela y represión para constituirse en un sujeto de derechos. Así como al sostener que la forma de intervención dispuesta por la norma impugnada vulnera el principio de culpabilidad, inocencia, legalidad, el debido acceso al control judicial de la aprehensión de niños o jóvenes y el resguardo suficiente de su derecho de defensa.

5. Además, la actora ciñe el petitorio a requerir el dictado de una sentencia que declare la inconstitucionalidad del precepto impugnado sin que, a esta altura, resulte evidente que el pronunciamiento de fondo que corresponda dictar para dirimir el juicio excedería aquellos que puede adoptar el Tribunal en ejercicio de la competencia derivada del art. 113, inc. 2º de la CCBA. Por tanto, es apropiado permitir el desarrollo del debate constitucional para resguardar los derechos atribuidos por la C.N., la CCBA y los tratados internacionales, bajo los matices que admite la jurisdicción constitucional atribuida a este estrado.

6. Finalmente, en función de los derechos debatidos corresponde citar al Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes atento la competencia que tiene atribuida (art. 21 de la ley 402 y ley 114).

Por las razones expresadas, y las que en sentido concordante expuso el señor Fiscal General, el Tribunal resulta competente para intervenir en el proceso y la demanda es admisible (art. 21, LPTSJ). Corresponde, por lo tanto, ordenar su traslado en la forma y por el plazo establecido por el art. 21 de la LPT, así como citar al Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, también, por el plazo y con los alcances señalados en el precepto aludido de la ley 402.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. La actora está legitimada para interponer la demanda de inconstitucionalidad, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 18, inc. 4º, de la ley 402.

2. La norma cuestionada (art. 27 de la ley 12) puede ser objeto de la impugnación declarativa directa de inconstitucionalidad, pues cumple con el recaudo de ser de carácter general y emanada de las autoridades de la Ciudad, exigido por los arts. 113, inc. 2º de la CCBA y 17 de la LPTSJ.

3. La acción se basa en razones de naturaleza constitucional. Se satisface, de ese modo, otra de las exigencias del art. 113, inc. 2º de la CCBA y del art. 17 de la ley 402.

En efecto, la parte actora sostiene que el art. 27 de la ley 12 es inconstitucional, por conculcar los arts. 18 y 19 de la C.N.; 13, incs. 3º, 9º y 11 de la CCBA; 37 y 40 de la Convención de los Derechos del Niño; 7º, 8º y 9º de la CADH; y 9º, 10, 14 y 15 del PIDCyP (conf. fs. 1).

4. La demanda da cumplimiento también a la exigencia de fundamentación establecida en el art. 19, inc. 2º, de la LPTSJ y en la jurisprudencia del Tribunal (*Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. I, pp. 56 y ss., *in re* "Massalín Particulares S.A. c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 31/99, resolución del 5/5/1999, entre otros).

Sostiene que "el art. 27 de la ley 12 despoja de garantías una situación de extrema vulnerabilidad, como es la aprehensión de un niño o adolescente, en función de una supuesta 'protección' (para las personas menor de edad o de terceros), por el 'riesgo' (concepto puramente indeterminado y valorativo) que supone la conducta del sujeto imputado. Esta evaluación del 'riesgo', puede devenir en medidas restrictivas de derechos, que pueden materializarse en privación de libertad, en la intromisión de las agencias estatales en la vida privada del niño, o la inclusión coactiva en programas de asistencia social, etc., en función de razones distintas (protección, peligrosidad, etc.) a las que persigue el procedimiento penal o contravencional... En otros términos, la norma cuestionada habilita al Estado a intervenir coactivamente, mediante la restricción de derechos, en razón de características personales, sociales, o familiares del autor, que no guardan relación con la culpabilidad de acto, ni con el contenido de injusto del acto infractor. Por un lado, el Estado renuncia a la persecución, mediante el procedimiento previsto por la ley conforme el precepto constitucional; y por el otro, a través del subterfugio que le brinda el art. 27 de la ley 12, manifiesta toda su eficacia preventiva, a través de la neutralización del sujeto peligroso, que puede sufrir una imposición de medidas restrictivas de derechos, sin relación alguna con el hecho cometido" (fs. 7/9)

Además, en el petitorio se ciñe a requerir el dictado de una sentencia que declare la inconstitucionalidad y pérdida de vigencia de las normas (fs. 19 vta.).

6. Por las razones expresadas, el Tribunal resulta competente para intervenir en el proceso y la demanda es admisible (art. 21, LPTSJ).

Corresponde, en consecuencia, ordenar el traslado de la demanda en la forma y por el plazo establecido en el art. 21.

La jueza Ana María Conde dijo:

I. Comparto la solución propuesta por el juez preopinante doctor Luis F. Lozano en su voto. Sin perjuicio de ello, considero necesario efectuar algunas precisiones con relación a la legitimación de la señora Asesora Tutelar General para promover la acción prevista en art. 113, inc. 2º, CCBA, las que expondré a continuación.

II. Si bien es cierto que el art. 18, inc. 4º de la ley 402 confiere a cada uno de los titulares del Ministerio Público local legitimación para promover la acción declarativa de inconstitucionalidad, una ley posterior y específica del mencionado órgano judicial —ley 1903— concede esta prerrogativa en forma expresa únicamente al Fiscal General (art. 29, inc. 2º).

Esta limitación —que evidencia un juego armónico de facultades entre los diversos órganos que componen el Ministerio Público— encuentra su sentido, por un lado, en la necesidad de que este Ministerio se exprese conforme el principio de unidad de actuación (art. 4º, ley 1903), y, por otro, en la naturaleza propia de la actividad de los órganos del Poder Judicial cuyas funciones están destinadas a efectivizarse, primordialmente, en los casos concretos en los que le toca intervenir. Es por ello, incluso, que no puedo compartir la interpretación que encuentra en el art. 59 del Cód. Civil el fundamento de una representación promiscua extendida en abstracto a toda la niñez en general.

No obstante ello, no puede perderse de vista que la Constitución local ha incorporado esta posibilidad de actuación judicial en abstracto y que los arts. 124 y 125, CCBA, así como las funciones que la ley 1903 le impone desempeñar justifican que —en casos como el presente, en el cual el planteo se encuentra acotado a la defensa de los intereses que tutela y concretamente referido a la validez constitucional de una disposición normativa cuya aplicación le toca controlar— se considere con aptitud procesal suficiente para la promoción de la acción directa a la señora Asesora Tutelar. Por lo demás, el ejercicio de esta legitimación no ha merecido, al menos en este caso, reparos ni cuestionamiento por parte del señor Fiscal General en su dictamen previo.

Por lo expuesto, voto por declarar la admisibilidad formal de la demanda interpuesta.

El juez José O. Casás dijo:

Adhiero al voto del señor juez de trámite, doctor Luis F. Lozano, en tanto expresa los motivos por los cuales corresponde declarar formalmente admisible la presente acción declarativa de inconstitucionalidad.

Estimo oportuno aclarar que, en mi concepto, la señora Asesora General de la Ciudad cuenta en este caso con legitimación procesal activa para sostener la acción que plantea por la vía del art. 113, inc. 2º, de la CCBA, en tanto es posible constatar que el precepto legal objeto de tacha (art. 27, ley 12) tiene vinculación con el ámbito competencial que le corresponde asumir al Ministerio Público Tutelar de esta jurisdicción, de acuerdo a lo previsto en la Carta Magna local (arts. 124 y 125) y la Ley Orgánica del Ministerio Público (nº 1903, art. 49). Es de destacar, por lo demás, que la interposición de la presente acción no ha merecido reparos en este sentido por parte del señor Fiscal General de la Ciudad (conf. dictamen de fs. 28/30).

Asimismo, por las razones que brinda en su voto el señor juez de trámite, debe procederse a citar en los términos del art. 21 de la ley 402 al Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de la Ciudad.

Por las consideraciones expuestas, corresponde declarar la admisibilidad formal de la presente acción declarativa de inconstitucionalidad con los alcances indicados.

Así lo voto.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Voto en el mismo sentido y por los mismos fundamentos ofrecidos por el señor juez de trámite y por mis demás colegas, incluida allí la opinión del Fiscal General, en tanto todas esas opiniones proponen declarar formalmente admisible la acción declarativa de inconstitucionalidad aquí interpuesta (art. 113, inc. 2º, CCBA, ley local 402, art. 27).

2. También estoy de acuerdo con la citación como tercero interesado del Consejo de los derechos de niñas, niños y adolescentes, con el objeto de que participe en la discusión correlativa.

3. Respecto de la legitimación, la solución que todos los votos indican resulta correcta. A mi juicio, no resulta claro que el inc. 2º del art. 29 de la ley local 1903 haya derogado el art. 18, inc. 4º de la ley local 402, en virtud del principio de la *lex* posterior. La primera de esas reglas (ley local 1903, art. 29, inc. 2º) no contiene prohibición alguna, sino, tan sólo, la reglamentación de una facultad. No existe en esa regla, tampoco, adverbio o giro lingüístico alguno que denote su carácter excluyente (por ejemplo: sólo). En ese sentido, esa regla no contradice las facultades previstas por la ley 402, art. 18, inc. 4º, en tanto autoriza también a cada uno de los titulares de los tres organismos que componen el Ministerio Público a hacer uso de la facultad de promover y perseguir la acción declarativa de inconstitucionalidad ante el TSJBA. Más aún, si bien basta el argumento anterior para legitimar a la actora en la promoción de esta demanda, no sería tampoco irracional sostener que, sobre la base del principio de que la excepción triunfa sobre la regla, es el art. 18 de la ley local 402 el que reglamenta específicamente la legitimación para interponer la acción declarativa de inconstitucionalidad, de modo que la Ley del Ministerio

Público (1903) no haría otra cosa que repetir la atribución del Fiscal General para promover las acciones de inconstitucionalidad que crea necesarias.

Por lo demás, resulta correcto afirmar que la materia en discusión es competencia de la funcionaria que aquí opera.

4. En consecuencia, la acción interpuesta debe ser admitida y citarse al Consejo de los derechos de niñas, niños y adolescentes para que intervenga en el procedimiento.

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el señor Fiscal General.

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* formalmente admisible la acción de inconstitucionalidad planteada por la Asesora General Tutelar a fs. 1/19 contra el GCBA.

2º. *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.

3º. *Citar* a juicio al Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes en calidad de tercero en los términos del art. 21 de la ley 402 —párrs. II y III— para que, en igual plazo, tenga oportunidad de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las normas cuestionadas por la actora.

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

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

XLVII

"HOUREST, MARTÍN Y OTRA C/GCBA S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD"

ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD: Infracciones a la ley 268. Campaña electoral. PARTIDOS POLÍTICOS. AMNISTÍA: Legisladores. Legitimación activa. Norma de carácter general.

SUMARIOS:

1. Como principio general y sin desconocer la legitimación amplia establecida en el art. 18 de la ley 402 para instar la acción declarativa de inconstitucionalidad prevista en el art. 113, inc. 2º, CCBA, cuando quienes solicitan la declaración de

invalidez ostentan la calidad de legisladores, deben dar cuenta de una previa actividad en el ámbito específico de sus funciones legislativas tendiente a obtener la derogación parlamentaria de la norma cuya inconstitucionalidad se pregona, con resultado negativo, circunstancia que se verifica en este caso, pues se trata de una ley de reciente sanción y los presentantes han acreditado la actividad llevada a cabo con el fin de manifestar sus reparos y oposición al texto legal, incluso con anterioridad a su tratamiento y votación en el recinto legislativo. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

2. Cabe declarar inadmisible la acción de inconstitucionalidad si la norma que se impugna no es apta para ser útilmente considerada objeto de dicha acción, desde que la amnistía, perdón u olvido en cuestión lo es, puntualmente, en relación con hechos producidos con motivo de las elecciones de los días 3 y 24/6/2007, de modo que la norma se agotó en lo ocurrido en esa oportunidad y no constituye un supuesto repetible indefinidamente en el futuro. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

3. La generalidad de una norma, a los efectos de la acción declarativa de inconstitucionalidad, reposa en la universalidad conceptual de sus destinatarios —o generalidad subjetiva— así como en la repetibilidad de su contenido normativo —o generalidad en función de la ocasión. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

4. Corresponde declarar inadmisible la acción de inconstitucionalidad porque la norma involucrada en este caso es particular respecto de la ocasión, dado que su ámbito de validez témporo-espacial resulta claramente específico, aspecto que surge de modo inequívoco a partir de la lectura del art. 3º de la ley 2562, impugnado en la demanda, donde se amnistía a los ciudadanos que hayan incurrido en las conductas descriptas en los arts. 2º, 3º y 4º de la ley 268 con motivo de las elecciones locales efectuadas los días 3 de junio y 24 de junio del año 2007, extinguiéndose las acciones y sanciones previstas en el Capítulo VI de la mencionada ley para dichas conductas. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

5. La amnistía sólo puede ser denominada "ley" en sentido exclusivamente formal, puesto que no prohíbe, ordena o permite conducta alguna de parte de sus destinatarios, sino que implica tan sólo un perdón relativo a conductas pasadas. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

Expte. nº 5640/07 - 19/3/2008

VISTO:

El expediente mencionado en el epígrafe,

RESULTA:

1. Martín Hourest y Liliana Beatriz Parada, quienes invocan su "doble condición de ciudadanos de la Ciudad de Buenos Aires y diputados locales", promueven acción declarativa de inconstitucionalidad "contra el art. 3º de la ley 2562", en los términos de los arts. 113, inc. 2º, CCBA y 17, ley 402 (fs. 2/5).

En sustancia afirman que la norma impugnada violenta:

a) Los arts. 1º de la C.N. y, CCBA, pues "se vulneró la forma republicana de Gobierno en virtud de dictarse una norma de carácter individual como amnistía y de manera irregular, que no cumple con los requisitos que la CSJ ha establecido para dictar una ley de amnistía...".

b) Los arts. 11, CCBA y 16, C.N., "ya que se vulnera el principio de igualdad ante la ley en virtud de que se generan ciudadanos de segunda categoría, obligados a cumplir la ley y ciudadanos de primera eximidos de hacerlo en virtud de tener la facultad legislativa de exceptuarse".

c) El art. 61, CCBA —que dispone que la ley establece los límites de gastos y duración de las campañas electorales, y manda que durante su desarrollo el Gobierno se abstenga de realizar propaganda institucional que tienda a inducir el voto— en virtud del cual se sancionó la Ley 268 de Regulación y Financiamiento de Campañas Electorales, pues mediante "la autoamnistía" se deja sin efecto "el cumplimiento de la norma que la Constitución ordenaba".

d) El art. 10, CCBA, que "dice que los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos", pues la norma impugnada "elimina" lo preceptuado en el mentado art. 61 de la Constitución, inserto en su Libro Segundo, Capítulo Segundo, denominado "Derechos Políticos y Participación Ciudadana".

e) El art. 62, CCBA, pues la "autoamnistía" viola "la garantía del pleno ejercicio de los derechos políticos inherentes a la ciudadanía, conforme a los principios republicano, democrático y representantivo ya que es fundamental para garantizar la igualdad de oportunidades de las diferentes fuerzas políticas y de los candidatos, el cumplimiento de lo establecido en el art. 61 que fuera expresado por la ley 268...".

f) El art. 80, inc. 21, CCBA, que establece que es atribución de la Legislatura conceder amnistías por infracciones tipificadas en sus leyes, al no tener la norma atacada "el carácter general requerido", pues atañe a "un universo más que limitado de personas físicas (los candidatos) o jurídicas (los partidos políticos, confederaciones o alianzas) que pueden incurrir en las conductas descriptas en los artículos mencionados y por tanto ser pasibles de las sanciones previstas..." (fs. 3 vta., 4 vta. y 5).

Los actores se extienden también en diversas consideraciones acerca de las "irregularidades administrativas" que se habrían producido en el trámite del proyecto de la ley finalmente sancionada y, también, ofrecen la prueba documental que se detalla en el punto VII de la demanda (fs. 2 vta. y 5).

2. A fs. 9/15 dictamina el señor Fiscal General en orden a la admisibilidad formal de la acción planteada.

En primer lugar considera que debe reconocerse legitimación a los actores, pero sólo en su calidad de ciudadanos y no en lo referido a su condición de legisladores, por las diversas razones acerca de las que se explaya.

En segundo lugar —por las razones que también desarrolla— estima que debe admitirse la acción "con relación a la inconstitucionalidad del art. 3º de la ley 2562, en cuanto amnistía las infracciones al art. 3º de la ley 268..." y declararla inadmisible "respecto de la amnistía a las infracciones de los arts. 2º y 4º de la ley 268".

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. Como principio general y sin desconocer la legitimación amplia establecida en el art. 18 de la ley 402 para instar la acción declarativa de inconstitucionalidad prevista en el art. 113, inc. 2º, CCBA, considero que, cuando quienes solicitan la declaración de invalidez ostentan la calidad de legisladores, deben dar cuenta de una previa actividad en el ámbito específico de sus funciones legislativas tendiente a obtener la derogación parlamentaria de la norma cuya inconstitucionalidad se pregona, con resultado negativo (conf. mi voto en "Oliveto, Noemí Flavia y otros c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 2660/03, resolución del 11/2/2004).

Este criterio no tiene en mira poner restricción alguna a quienes pretenden que este Tribunal ejerza un control de constitucionalidad de las normas en forma abstracta, sino dar al mencionado art. 18 una interpretación acorde con el principio republicano de división de poderes, en el entendimiento que el debate acerca de una cuestión tan sensible como lo es la declaración de inconstitucionalidad de una norma debería intentarse —natural y prioritariamente— en el seno del órgano legislativo, donde los representantes de la población pueden intercambiar opinión acerca de las normas que integran el plexo normativo de esta Ciudad, propiciando su derogación en el caso de que se estimen contrarias a la Constitución.

Sin embargo, en este caso se trata de una ley de reciente sanción y los presentantes han dado cuenta de la actividad llevada a cabo con el fin de manifestar sus reparos y oposición al texto legal, incluso con anterioridad a su tratamiento y votación en el recinto legislativo (fs.2/5). Con ello, estimo cumplimentado el recaudo que he expresado en el apartado anterior.

2. En cuanto a la admisibilidad de la acción, además de la ausencia de una fundamentación suficiente en los términos de la reiterada jurisprudencia del Tribunal, que amerite abrir el trámite previsto en el art. 113, inc. 2º de la CCBA lo cierto es que la norma que se impugna no es apta para ser útilmente considerada objeto de la acción de mención.

En efecto, la amnistía, perdón u olvido en cuestión lo es, puntualmente, en relación a hechos producidos con motivo de las elecciones de los días 3 y 24/6/2007. Es decir que la norma se agotó en lo ocurrido en esa oportunidad y no constituye un supuesto repetible indefinidamente en el futuro (por ejemplo, cada vez que se lleve a cabo una elección de autoridades y su consecuente campaña electoral).

Resulta claro que una eventual sentencia de inconstitucionalidad dictada como resultado de la acción que nos ocupa, hará perder vigencia a la norma *ex nunc*,

es decir hacia el futuro y a partir de la publicación de aquélla —y siempre que la norma no fuera ratificada por la Legislatura en el plazo de tres meses establecido por la Constitución y reglamentado por la ley 402 (arts. 113, inc. 2º, CCBA, y 24, ley 402)—, con lo que en nada resultará afectada su finalidad en tanto que, como se dijo, ya se ha agotado.

Es decir entonces que la eventual declaración de inconstitucionalidad requerida carecería de efectos jurídicos prácticos y sólo podría tener, en todo caso, efectos políticos, que son ajenos al diseño institucional de la herramienta prevista por el art. 113, inc. 2º, CCBA.

En otras palabras, la demanda de los actores es improponible a través de la vía elegida, pues cualquier declaración en el sentido por ellos propugnado será inoficiosa, razón por la cual propicio la inadmisibilidad de la acción planteada en autos.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Adhiero al punto 2 del voto de la jueza de trámite, doctora Ana María Conde, que, a mi criterio, resulta suficiente para declarar inadmisible la acción intentada. Por lo demás, toda vez que los actores invocan en su presentación, a los fines de la legitimación, tanto su condición de diputados como la de ciudadanos de la CABA, la invocación de esta última condición torna innecesario expedirse con relación a la que le asiste a la primera para promover esta clase de acciones (conf. art. 18, inc. 1º, de la ley 402).

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 con 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* "Massalín Particulares S. A. c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 31/99, resolución del 5/5/1999, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], 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/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 366/00, resolución del 20/6/2000).

2. En consecuencia, voto por declarar inadmisible la demanda.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Adhiero a los sólidos fundamentos y a la solución que expone en su voto la señora jueza de trámite, la doctora Ana María Conde, en tanto propicia declarar inadmisible la acción de inconstitucionalidad de fs. 2/5 puesto que, como lo señala mi colega en el punto 2 de su fallo, la regla impugnada en la acción interpuesta no constituye una norma de carácter general. Ello es así porque la generalidad de una norma reposa en la universalidad conceptual de sus destinatarios —o generalidad subjetiva— así como en la repetibilidad de su contenido normativo —o generalidad en función de la ocasión—. La ausencia de esta segunda manifestación de la generalidad de la norma (o el acto atacado) impide considerarla como objeto admisible de la impugnación declarativa directa que articula el art. 113, inc. 2º, de la CCBA.

2. En esta materia, tempranamente apelé a la utilidad de un test que contempla la posibilidad de reiteración, en el futuro, de la hipótesis de hecho inserta en la norma —o *repetibilidad de su contenido*— (conf. mi voto *in re* "Alegre Pavimentos SACICAFI c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 366/00, resolución del 15/5/2001 en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA] t. III, pp. 221 y ss., Ad Hoc, Buenos Aires, 2004). Al aplicar dicho test, corresponde concluir que la norma involucrada en este caso es particular respecto de la ocasión, dado que su ámbito de validez témporo-espacial resulta claramente específico, aspecto que surge de modo inequívoco a partir de la lectura del art. 3º de la ley local 2562, impugnado en la demanda: "Amnistíase a todos/as aquellos/as ciudadanos/as que hayan incurrido en las conductas descriptas en los arts. 2º, 3º y 4º de la ley 268 con motivo de *las elecciones locales que se efectuaron los días 3 de junio y 24 de junio del año 2007*, extinguiéndose las acciones y sanciones previstas en el Capítulo VI de la mencionada ley para dichas conductas [énfasis aportado]".

3. Conforme a la conceptualización de "regla o norma de carácter general" que he expresado en mis pronunciamientos, por ejemplo en mi voto *in re* "Alegre Pavimentos", cit., y, más próximos en el tiempo, en "Pena de Biglia, Norma Nélida y otra c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 3223/04, resolución del 30/9/2004 y en "Bidonde, Héctor y otro c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 4250/05, sent. del 2/11/2005, parece evidente que la ley local 2562 escapa, al menos en la medida en que pretende ser impugnada, a esa caracterización, con lo que la acción interpuesta, según lo prevé la CCBA, art. 113, inc. 2º, no es subsumible en el cauce de la vía procesal intentada.

Más aún, la amnistía sólo puede ser denominada "ley" en sentido exclusivamente formal, puesto que no prohíbe, ordena o permite conducta alguna de parte de sus destinatarios, sino que implica tan sólo un perdón relativo a conductas pasadas. Esto la vincula más al acto administrativo que a aquél al cual denominamos *norma* (ver mi voto en autos "Asociación Civil para la Defensa —en el Ámbito Federal e Internacional— de Derechos [DE.FE.IN.DER] s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 4948/06, resolución del 14/2/2007, punto 2).

Por lo demás, cabe coincidir en el hecho de que la demanda no ha fundado el punto, esto es, se ha despreocupado por despejar las dudas que tal caracterización genera, aspecto que, en el caso, reviste especial importancia y constituye una primera necesidad si, como resulta claro, la Legislatura de la CABA no pretende la vigencia ilimitada de esta regla —regla que no es susceptible del control abstracto que puede practicar el Tribunal—, sino, por lo contrario, aboga por una amnistía, perdón u olvido, específicamente, respecto de hechos producidos con motivo del acto eleccionario en el curso de los días concretos que la norma puntualiza. Más aún: quienes promueven esta demanda son conscientes del carácter particular de la regla que atacan. Es así como afirman, a fs. 4 vta.: "Los arts. 1º de la C.N. y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires [son algunos de los *derechos* lesionados; *sic*]. Ya que se vulneró la forma republicana de Gobierno *en virtud de dictarse una norma de carácter individual* [énfasis propio] como amnistía...".

4. De este modo, y exhibido ya el carácter particular de la norma en cuanto a la ocasión, resulta innecesario un pronunciamiento a través del cual el TSJBA analice las restantes supuestas transgresiones constitucionales que invoca la actora en la acción declarativa de inconstitucionalidad planteada, improponible como demanda y, en consecuencia, inadmisible a los efectos de una ponderación meditada de la validez constitucional del contenido de la regla atacada en una eventual resolución acerca del fondo de la cuestión.

El juez José O. Casás dijo:

Considero que los actores gozan de legitimación procesal activa para iniciar la presente acción por el sólo hecho de haber denunciado su calidad de vecinos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (conf. art. 18, inc. 1º, ley 402). Al mismo tiempo, adhiero al punto 2 del voto de la señora jueza de trámite, doctora Ana María Conde, en tanto allí se pone acabadamente de resalto que los preceptos legales objeto de tacha no pueden ser calificados como *normas de alcance general* en los términos del art. 113, inc. 2º, de la CCBA.

Por los motivos expuestos, corresponde declarar inadmisible la presente acción declarativa de inconstitucionalidad.

Así lo voto.

Por las razones expuestas y emitido el dictamen del señor Fiscal General,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* inadmisible la acción de inconstitucionalidad planteada por los señores Martín Hourest y Liliana Beatriz Parada, a fs. 8/11, contra el gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

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

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

XLVIII

"CONDE, DARÍO MIGUEL S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'CONDE, DARÍO MIGUEL C/GCBA (DIRECCIÓN GENERAL DE ESPACIOS VERDES, DEPARTAMENTO ARBOLADO URBANO) S/DAÑOS Y PERJUICIOS'"

RECURSO DE QUEJA. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD. RESARCIMIENTO POR DAÑOS Y PERJUICIOS: Empleado del GCBA. Arbitrariedad de sentencia. Control de constitucionalidad. Reducción del monto en concepto de daño moral. COSTAS: Vencimientos recíprocos. Principio objetivo de la derrota.

SUMARIOS:

1. La circunstancia de que la ley que regula los procedimientos ante el tribunal no contemple a la arbitrariedad de sentencia como fundamento autónomo expreso para la articulación de un recurso de inconstitucionalidad no constituye, en principio, óbice para la procedencia de éste; pues la existencia de una sentencia válida es requisito inexcusable para la adecuada vigencia de la garantía del debido proceso, cuya afectación efectiva y trascendente habilita la evaluación del caso en instancia de control constitucional. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhieren los señores jueces Luis F. Lozano y José O. Casás).*

2. La arbitrariedad es una vía idónea para que este tribunal pueda ejercer control de constitucionalidad en aquellos casos en los que se verifica un conflicto entre la propia sentencia sometida a su revisión y las normas, derechos, garantías y principios que integran el bloque de constitucionalidad que rige la vida social. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhieren los señores jueces Luis F. Lozano y José O. Casás).*

3. El recurso de inconstitucionalidad por la causal de arbitrariedad no tiene por objeto la corrección, en tercera instancia, de sentencias equivocadas o que se estimen tales, sino que atiende sólo a supuestos de extrema gravedad en los que la decisión conduzca a resultados insostenibles. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhieren los señores jueces Luis F. Lozano, José O. Casás y Julio B. J. Maier).*

4. Corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad deducido por la actora y revocar la sentencia de la Alzada, en cuanto dispuso la reducción de la indemnización acordada en concepto de daño moral, porque —después de sostener que debían ponderarse las especiales características del accidente, la edad de la víctima, la entidad de las lesiones sufridas y la alteración del ritmo normal de vida— se limitó a sostener que consideraba elevada la suma acordada por la juez de primera instancia, omitiendo interpretar la pretensión del actor y los hechos probados en la causa a la luz de la normativa que entendía correcta. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhieren los señores jueces Luis F. Lozano y José O. Casás).*

5. El criterio general destacado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en numerosas oportunidades, sosteniendo que la imposición de costas en las instan-

cias ordinarias es una cuestión fáctica y procesal, propia de los jueces de la causa y ajena al recurso extraordinario, admite excepciones cuando ella resulta arbitraria por fundarse en una valoración claramente inexacta del resultado del proceso y en una norma inaplicable al caso, afectando el derecho a la propiedad de la parte actora y violando las reglas del debido proceso. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhieren los señores jueces Luis F. Lozano y José O. Casás).*

6. La existencia de vencimientos recíprocos, salvo que exista pluspetición inexcusable en los términos del art. 66, CCAyT, no se desprende de la diferencia entre el monto indemnizatorio finalmente acordado y el solicitado, sino más bien de analizar si han progresado parcial o totalmente las respectivas pretensiones y defensas, y en qué proporción. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhieren los señores jueces Luis F. Lozano y José O. Casás).*

Expte. nº 5221/07 - 19/3/2008

VISTO:

el expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. El señor Darío Miguel Conde, a través de su apoderado el doctor José Victorio Acuña inició demanda contra el GCBA —Dirección General de Espacios Verdes— (fs. 1/2 y 3/31) a fin de obtener un resarcimiento por los daños y perjuicios sufridos como víctima de un "accidente de trabajo ocurrido en el cumplimiento de sus tareas habituales como dependiente de la accionada". Relata que se desempeñaba como operario podador del Departamento Arbolado Urbano de la Dirección de Espacios Verdes de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, y que el día 24/1/1999 fue enviado por su jefe, junto a otros dos operarios, a realizar una tarea de urgencia a la calle Honduras donde se había caído un árbol de grandes dimensiones que se encontraba sobre un automóvil. Este árbol al caer arrastró una línea de videocable, dejando aprisionada bajo las ramas la línea de acero que se utiliza para presionar los cables de la línea mencionada. Así, cuando el señor Conde se encontraba cortando una de las ramas del árbol con una motosierra, la línea de acero que se encontraba aprisionada se liberó de golpe y salió disparada, golpeando en su trayectoria fuertemente a la víctima, lesionándola y ocasionándole diversas heridas en su rostro y otras partes del cuerpo. A raíz del accidente fue trasladado al Hospital de Agudos doctor Fernández donde le diagnosticaron politraumatismo; fractura de cúbito y radio de brazo izquierdo, traumatismo de cráneo con pérdida de conocimiento, traumatismo facial por aplastamiento maxilo facial y desprendimiento de retina bilateral (ceguera de ambos ojos) con pronóstico de evolución futura reservado. Manifiesta que fue enviado a realizar la labor sin la supervisión de ninguna persona responsable, "sin ninguna evaluación previa que determinara los riesgos potenciales que se podían generar al efectuar dicho trabajo y sin ni siquiera recibir instrucción en el sentido de disponer cuál era el orden de las labores que se debía realizar y las precauciones que se debían tomar para evitar la posibilidad de accidentes" (fs. 4). Y que "dicho siniestro

provocó su licencia por enfermedad de larga evolución, las que culminarán con una jubilación anticipada y obligatoria del actor en razón de que la Dirección de Medicina del Trabajo de la citada institución en su informe médico legal por unanimidad lo clasificó como "incapacitado para todo servicio" (fs. 4 vta.).

Solicita la inconstitucionalidad de la Ley 24.557 de Riesgos del Trabajo y la suma de $ 1.900.000 (y/o lo que en más o menos resulte de la prueba producida en autos) en concepto de daños y perjuicios, discriminados de la siguiente manera:

Daño emergente	$ 300.000.-
Incapacidad sobreviviente	$ 500.000.-
Daño moral	$ 500.000.-
Daño psicológico	$ 300.000.-
Daño estético	$ 300.000.-

2. La juez de primera instancia hizo lugar a la demanda (fs. 41/55), declaró la inconstitucionalidad de la ley 24.557 y condenó al GCBA a abonar al actor la suma de $ 505.000 (pesos quinientos cinco mil) en concepto de incapacidad sobreviniente ($ 200.000), daño emergente ($ 5.000) y daño moral ($ 300.000). Respecto de las costas considera que "teniendo en cuenta la forma en que prosperan las pretensiones contenidas en la demanda resulta ajustado a derecho que sean soportadas por la demandada en un 90 % y por la actora en un 10 %" (fs. 55).

3. Ambas partes apelaron la sentencia. La Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario hizo lugar parcialmente a los recursos interpuestos; modificó la sentencia en lo atinente a los montos indemnizatorios (fs. 96/106), y determinó el resarcimiento a cargo del GCBA en $ 375.000 (pesos trescientos setenta y cinco mil). Para así decidir entendió ajustado a derecho el monto establecido por la juez de primera instancia por incapacidad sobreviniente, pero consideró elevada la suma acordada por daño moral y la redujo a $ 150.000. Con relación a la suma correspondiente a daño emergente, decidió elevarla a $ 25.000.

Asimismo, confirmó la imposición de costas de primera instancia y distribuyó las de alzada por su orden.

4. La parte actora interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 107/132), el que fue denegado por la Cámara (fs. 134/135), y originó el planteo de la queja que tramita en este expediente (fs. 141/159).

5. El Fiscal General Adjunto consideró que no correspondía expedirse sobre la cuestión por no encontrarse comprometido el interés social ni hallarse en juego normas constitucionales o de derecho público que trasciendan el mero interés de las partes (fs. 212/214).

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. La queja deducida es parcialmente procedente. La presentación cumple con los recaudos formales externos, de forma y plazo, exigidos para su tratamien-

to y da cuenta de la existencia de un caso constitucional que habilita el recurso intentado.

2. Entre otros fundamentos, el recurrente sostiene que la sentencia de Cámara presentó "gruesas anomalías y carencias decisivas desde el plano de la fundamentación real y legal" y que "se apoyó en afirmaciones dogmáticas y en muchos casos, se apartó de las propias constancias de la causa" (fs. 142 vta.).

Considera que los miembros de la Cámara han quedado incursos en las causales de arbitrariedad; dan como fundamento pautas de excesiva amplitud con claro menoscabo del derecho de defensa, prescinden de prueba decisiva, hacen afirmaciones dogmáticas, incurren en autocontradicción y se apartan de las constancias de la causa sin argumentación que lo valide.

La circunstancia que la ley que regula los procedimientos ante el tribunal no contemple a la arbitrariedad de sentencia como fundamento autónomo expreso para la articulación de un recurso de inconstitucionalidad no constituye, en principio, óbice para la procedencia de éste; pues —tal como ocurriera en el ámbito federal en el que tampoco esta causal se encontraba enunciada entre los distintos supuestos del art. 14 de la ley 48; pero fue admitida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del caso registrado en *Fallos*, 112:38, "Rey v. Rocha", del 2/12/1909— la existencia de una sentencia válida es requisito inexcusable para la adecuada vigencia de la garantía del debido proceso, cuya afectación efectiva y trascendente habilita la evaluación del caso en instancia de control constitucional.

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

3. La parte recurrente desarrolla argumentos por los que expone que la sentencia de Cámara viola las garantías establecidas en los arts. 16, 17, 18 y 19 de la C.N. y, en los arts. 10, 11, 12.5 y 13.3 de la CCBA.

Concentra su reclamo en los siguientes agravios:

- daño patrimonial: indemnización nimia. Falta de fundamentos
- negación del rubro "pérdida de chance"
- insólita reducción de la partida "daño moral"
- absurda asignación de monto para gastos, ignorancia de las constancias de autos
- arbitraria imposición de costas.

Con relación a los puntos 1, 2 y 4, la parte recurrente considera que el recurso sería procedente ya que "por su exigüidad y falta de debida fundamentación [el] decisorio ha devenido en un fallo arbitrario" (fs 143 vta.), privando a su parte del debido derecho de defensa ya que le ha impedido efectuar la pertinente verificación del criterio de razonabilidad utilizado. Entiende que existe una absoluta arbitrarie-

dad al no plantear en la sentencia los motivos por los cuales no se decide sobre el rubro pérdida de chance y por no haber dado igual tratamiento a todos los gastos reclamados habiendo ignorado la Cámara "antecedentes fácticos y de derecho, apartándose de las constancias efectivamente probadas en autos" (fs. 157).

La sola enunciación de los agravios pone de manifiesto que el recurrente pretende que el Tribunal revise la ponderación de la prueba y la valoración de las piezas del proceso que efectuó la Alzada para decidir, sobre la base de la arbitrariedad del pronunciamiento recurrido. Tal como lo tiene dicho el Tribunal las "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" [*in re*: "Falbo de Martínez, Palmira s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado" en "Falbo de Martínez, Palmira c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)", expte. 1923/02, sent. del 19/2/2003].

El recurso por esta causal no tiene por objeto la corrección, en tercera instancia, de sentencias equivocadas o que se estimen tales, sino que atiende sólo a supuestos de extrema gravedad en los que la decisión conduzca a resultados insostenibles.

No basta entonces con invocar la arbitrariedad del fallo. Para que el Tribunal admita esa invocación, se debe verificar que, en el caso, la tacha supere la mera discrepancia y configure un genuino agravio constitucional.

A la luz de lo expuesto, los recurrentes no articulan con claridad y precisión una cuestión constitucional, relacionando concretamente los aspectos de la decisión que cuestionan con los derechos constitucionales que invocan, requisito éste de ineludible cumplimiento por quien recurre, ya que si bastara la simple invocación de un derecho o garantía de raigambre constitucional, este Tribunal se vería convertido en tercera instancia ordinaria obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires (conf. *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, t. II, pp. 20 y ss., en: "Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja", expte. 131/99, resolución del 23/2/2000; "Droguería Americana c/GCBA [resol. DGR-7346/91] s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR s/recurso de apelación ordinario", expte nº 1898/02, sent. del 17/11/2003, entre muchos otros).

4. Distinta es a mi entender, la suerte que debe correr el recurso con relación a los agravios referidos a la reducción del monto otorgado por daño moral y a la imposición de costas.

La Cámara fundamentó su decisión de reducir la suma otorgada al actor por daño moral en que "el monto por ese rubro debe tener cierto límite sobre todo cuando se lo compara con otros casos jurisprudenciales en los cuales se produjo el fallecimiento de la víctima", considerando las "lesiones y secuelas sufridas por la víctima, condiciones particulares y demás particularidades que muestra la causa" (fs 104).

Se agravia el recurrente por considerar que a través de una "comparación en abstracto" y una "irreflexiva línea de razonamiento" la Cámara otorgó un monto indemnizatorio irrisorio.

Como sostuve en otros precedentes (expte. nº 4245 "B., C. B. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'B., C. B. c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)'", resolución de fecha 26/4/2006), participo del criterio según el cual, cuando se trata de fijar indemnizaciones que quedan libradas a la sana crítica del magistrado (art. 148, CCAyT), deben explicitarse las razones de hecho ponderadas para arribar al monto que se determina, pues ello hace a la adecuada fundamentación de la sentencia. En este sentido no considero que la fundamentación brindada por la Cámara permita considerar a la decisión un pronunciamiento judicial válido, ya que son precisamente las mismas razones las que me persuaden, aún dentro de su abstracta generalidad, de la sinrazón de la reducción del monto establecido en primera instancia.

Ello es así, porque —después de sostener que debían ponderarse las especiales características del accidente, la edad de la víctima, la entidad de las lesiones sufridas y la alteración del ritmo normal de vida— la Cámara se limitó a sostener que consideraba elevada la suma acordada por la juez de primera instancia, omitiendo interpretar la pretensión del actor y los hechos probados en la causa a la luz de la normativa que entendía correcta. No se advierte en el fallo recurrido ponderación acerca de las angustias y sufrimientos padecidos por el actor como consecuencia de un accidente de magnitud tal, que lo condena a una existencia incompleta en aspectos centrales de su vida como los que se derivan de no poder ver, oír, trabajar o socializar y relacionarse con otras personas en forma normal. A ello se agrega, y no es un dato menor, la grave alteración de su fisonomía como consecuencia de las lesiones en el rostro, que ha quedado desfigurado.

Tal vicio en el razonamiento importa dar a su fallo el carácter arbitrario de una mera formulación dogmática producto de la sola voluntad de quien lo afirma, despojando a ese pronunciamiento judicial del carácter de acto jurisdiccional.

Por ello, propongo, en este punto, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad deducido por la actora y revocar la sentencia de la alzada, en cuanto dispuso la reducción a $ 150.000 de la indemnización acordada al señor Darío Miguel Conde en concepto de daño moral.

Establecido lo anterior, corresponde al Tribunal verificar si están reunidas las condiciones bajo las cuales el art. 31 de la LPTSJ lo autoriza a resolver el fondo del asunto pendiente de definición. Este precepto, vale recordar, no convierte a este estrado en un Tribunal competente para entender en cuestiones de hecho y prueba, que por regla, son privativas de los jueces de mérito (conf. "Droguería Americana c/GCBA [resol. DGR-7346/91] s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR s/recurso de apelación ordinario concedido" y expte. nº 1899/02 "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado" en "Droguería Americana c/GCBA [resol. DGR-7346/91] s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR", expte.

1898/02, sent. del 17/11/2003). Sin embargo, el modo en que ha quedado planteada la controversia respecto del daño moral no incluye la necesidad de expedirse en torno a los hechos que motivaron esta causa, la prueba colectada o su valoración. Ello así porque, por un lado, aunque el GCBA discrepó con el monto acordado en primera instancia para reparar el daño moral padecido por el accionante, sus agravios no contienen la más mínima indicación de cuáles serían los hechos o las pruebas que debieron conducir a una indemnización menor. La transcripción completa de los 9 renglones dedicados al tópico ilustra suficientemente a este respecto: "[e]n lo referente al daño moral que fija la *a quo* en el pto. 6º) de su sentencia en la suma de $ 300.000,00, es de señalar que la determinación del concepto y su importe es efectuada en nueve líneas manifestando asimismo que fue difícil establecerlo.// Así, no posee sustento fáctico ni jurídico el alto importe fijado para este rubro. Para su determinación, sólo se expresa que *acorde a los principios de justicia y equidad, fijarlo en la suma de $ 300.000,00.*// Considero que esa escueta mención no suple la necesaria fundamentación de lo decidido" (véase fs. 1047 y vta. de los autos principales).

Por otro lado, también abona el aserto formulado el hecho de que en su recurso de inconstitucionalidad, el accionante impugnó la sentencia en tanto redujo la indemnización por daño moral sin aspirar a que ella se elevara hasta alcanzar el importe requerido en la demanda.

Así las cosas, reenviar la causa para que se emita un nuevo pronunciamiento pese a que no fue articulado algún agravio concreto que amerite exigir una nueva valoración de los hechos y la prueba obrante en autos resultaría injustificado. Por tanto, sobre la base de la valoración formulada en primera instancia cuya validez no logró comprometer la sentencia que aquí, en lo pertinente, se revoca, corresponde mantener la reparación por daño moral en la suma de $ 300.000.

5. Con relación al agravio referido a la imposición de costas, reiteraré los conceptos en que fundé mi voto en el expte. nº 4954/06 "Flores, Jorge Sergio Ramón s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Flores, Jorge Sergio Ramón c/GCBA s/daños y perjuicios'", sent. del 18/7/2007.

Previo a todo, cabe destacar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho en numerosas oportunidades, en el marco del recurso extraordinario federal, que la imposición de costas en las instancias ordinarias es una cuestión fáctica y procesal, propia de los jueces de la causa y ajena al recurso extraordinario (*Fallos,* 322:1716, entre muchos otros).

Sin embargo, este criterio general admite excepciones cuando, como ocurre en este supuesto, la imposición de costas resulta arbitraria por fundarse en una valoración claramente inexacta del resultado del proceso y en una norma inaplicable al caso, afectando el derecho a la propiedad de la parte actora y violando las reglas del debido proceso. Ello configura el caso constitucional requerido por el art. 27 de la ley 402, que justifica, en este aspecto, la apertura del presente recurso de queja.

La resolución atacada confirmó la imposición de las costas efectuada por la juez de primera instancia, quien había dispuesto que las mismas sean soportadas por la demandada en un 90 % y por la actora en un 10 %, tomando en cuenta las pretensiones contenidas en la demanda y que la condena impuesta a la Ciudad fue por una suma indemnizatoria inferior a la reclamada.

Si se analiza el resultado final de las pretensiones introducidas por el actor en su demanda, y la oposición a dichas pretensiones articulada por la demandada en su contestación, podremos apreciar que el reclamo planteado fue admitido en su totalidad.

En efecto, la sentencia de primera instancia constató el acaecimiento del hecho dañoso y la atribución de responsabilidad al GCBA al considerar que no se habían observado las obligaciones en materia de seguridad e higiene en el trabajo legalmente impuestas. Es decir, la juez de primera instancia consideró acreditados los presupuestos de responsabilidad del Estado local, motivo por el cual hizo lugar a la demanda y estableció una suma indemnizatoria comprensiva de los rubros reclamados en la demanda, con la salvedad de que consideró que el rubro incapacidad sobreviniente resultaba comprensivo de los daños físicos, psíquicos y estéticos (fs. 53)

La sentencia de Cámara confirmó la resolución apelada, pero modificó el *quantum* indemnizatorio. Pero que haya disminuido el monto de la indemnización acordada al actor correspondiente al rubro "daño moral", no significa que hayan ocurrido "vencimientos parciales y mutuos" en primera instancia, lo que habilitaría que las costas se compensasen o distribuyesen entre los litigantes (art. 65, CCAyT).

La existencia de vencimientos recíprocos, salvo que exista pluspetición inexcusable en los términos del art. 66, CCAyT —lo que no ocurre en el caso, pues la estimación del daño moral es subjetiva—, no se desprende de la diferencia entre el monto indemnizatorio finalmente acordado y el solicitado, sino más bien de analizar si han progresado parcial o totalmente las respectivas pretensiones y defensas, y en qué proporción. Pero aquí existe una parte (actora) que ha conseguido la satisfacción íntegra de su pretensión, aunque por un monto pecuniario menor al solicitado en la demanda, y otra parte (demandada) que ha obtenido el rechazo de todas las defensas deducidas.

No se advierte, entonces, en qué consistirían los "vencimientos parciales y mutuos" en primera instancia que tornen aplicable el art. 65, CCAyT. Al ser admitida la responsabilidad de la demandada, hubo una sola parte vencida, y por ende las costas de primera instancia deben ser impuestas a la accionada por aplicación del criterio objetivo de la derrota contenido en el art. 64, primer párrafo, CCAyT.

En consecuencia, la Cámara ha incurrido en una arbitrariedad, violatoria del derecho a la propiedad de la actora y las reglas del debido proceso, fundándose en una apreciación desacertada del resultado del progreso de la pretensión.

Por todo ello, propongo que, también en este aspecto, se abra la queja, se haga lugar al recurso de inconstitucionalidad, se revoque la resolución de Cámara en

cuanto a la distribución de costas en primera instancia, y se ordene su imposición a la parte demandada. Las costas del presente recurso se imponen por su orden (art. 65, CCAyT).

Por todo lo expuesto, propongo:

a) *Declarar admisible* el recurso de queja interpuesto, solamente en lo referido a la imposición de costas de primera instancia, y la reducción del monto otorgado por daño moral y rechazarlo respecto de los restantes agravios.
b) *Hacer lugar parcialmente* al recurso de inconstitucionalidad deducido por la parte actora.
c) *Revocar* la sentencia de Cámara en cuanto al monto de la reparación por daño moral, en los términos que surgen del punto 4 de mi voto.
d) *Revocar* la sentencia de Cámara en cuanto impone las costas de primera instancia en un 10% a cargo del actor y en un 90% a cargo de la demandada y las de la alzada por su orden, y ordenar que las costas de primera y segunda instancia sean soportadas íntegramente por la demandada vencida.
e) *Imponer* las costas del recurso por su orden.

Los jueces LUIS F. LOZANO y JOSÉ O. CASÁS dijeron:

Adherimos al voto de nuestra colega, la jueza Ana María Conde.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La queja planteada por la actora ante la denegación del recurso extraordinario fue interpuesta en legal forma y tiempo, dirige una crítica concreta contra el auto denegatorio y luce autosuficiente, por ello resulta procedente.

2. El recurso de inconstitucionalidad enuncia los agravios contra el fallo de la Sala I de la Cámara CAyT. El eje de los fundamentos que expone el recurrente es la tacha de arbitrariedad de la sentencia impugnada.

Como señala en su voto la doctora Conde, "[l]a arbitrariedad es la vía idónea para que este tribunal pueda ejercer [el] control de constitucionalidad en aquellos casos en los que se verifica un conflicto entre la propia sentencia sometida a revisión y las normas, derechos, garantías y principios que integran el bloque de constitucionalidad que rige nuestra vida social". La arbitrariedad es una cuestión constitucional pues la Constitución pretende ser un remedio de la cultura humana contra aquélla.

3. Los agravios del actor incluyen las siguientes cuestiones: *a)* la insignificancia del monto reconocido al denominado daño patrimonial o material, y la carencia en la decisión recurrida de algún tipo de explicación respecto de cómo se arriba a la cifra de condena. A ello se agrega la falta de discriminación y la ausencia de pautas de distribución, todo lo cual impide evaluar si la suma global otorgada es o no justa en relación con cada uno de los elementos que integran el daño patrimo-

nial. La actora describe con detalle cuáles fueron los rubros que incluyera en su reclamo por daño material (lesión estética, daño psíquico —y su tratamiento—, pérdida de chance, gastos de atención médica y conexos). Asimismo, destaca que al rubro "pérdida de chance" no se le reconoció suma alguna; *b)* califica de absurda la reducción que hiciera la Sala I del monto indemnizatorio por daño moral otorgado en primera instancia; *c)* en igual sentido objeta los montos asignados para gastos, y *d)* sostiene que es arbitraria la imposición de costas.

Con excepción del agravio individualizado en d), los demás versan sobre la extensión del daño.

Despejadas las cuestiones relativas a la antijuridicidad, causalidad y al factor de atribución, sólo cabe atender a la magnitud del resarcimiento en función de lo solicitado y probado, siempre que aquello que fue solicitado y está probado implique una cuestión constitucional que haya sido expuesta en el recurso.

4. Análisis de los agravios:

– En cuanto a las objeciones del accionante respecto del modo en que se impusieron las costas en las instancias anteriores (agravio identificado con la letra d] en el punto 3 de este voto), doy por reproducidos los argumentos de la jueza Conde, que comparto. Por tanto, las costas en las instancias anteriores deben imponerse en su totalidad a la parte demandada. Anticipo que seguiré igual criterio respecto de aquellas generadas en esta instancia.

– Es acertada la crítica del accionante contra la reducción del monto indemnizatorio del daño material. En verdad, la actora demuestra que el fallo en el aspecto cuestionado no da razones suficientes para entender cuál es, según la Cámara, la incidencia de cada uno de los elementos que conforman el daño material en el monto de condena reconocido por ese concepto. Como ejemplo indico que respecto al daño psíquico (sobre el que volveré más adelante), el recurrente acredita con buenos argumentos y apoyo en la pericial médica adquirida, su extensión y su incidencia en el daño material. Lo mismo sucede en materia de daño estético. La falta de explicaciones en la que incurre la sentencia viola el derecho de defensa: el actor goza de la garantía constitucional a una sentencia fundada en ley, esto es, debidamente motivada en las circunstancia de hecho y de derecho, que respete el principio de congruencia y del sistema de jerarquía normativa. Y el Estado tiene el deber correlativo de dictar una decisión que satisfaga estos requisitos. La decisión de la Sala I que no da cuenta del modo en que evalúa los diferentes rubros que forman parte de la indemnización por daño material carece de motivación, y este déficit la torna nula. Ante esta situación, el Tribunal Superior de Justicia debe ejercer su competencia positiva y resolver el fondo del asunto en el límite de los agravios introducidos (conf. art. 31, ley 402).

– A fin de determinar si hay o no daño estético es menester partir de la que fuera la imagen habitual y el equilibrio físico propios de quien ha resultado dañado,

y sólo en ciertas circunstancias, la belleza habrá de constituirse en un criterio a tener en cuenta. Precisamente porque el daño estético no consiste ni se agota en la vulneración de la belleza, sino en la necesidad de reparar la pérdida de la integridad física es que su resarcimiento requiere conocer cómo era quien reclama antes de que se viera afectado y constatar cuáles son las alteraciones sufridas y su grado de relevancia. Cada persona tiene derecho a mantener su integridad física y a ser resarcida cuando su aspecto es lesionado por la producción de un efecto razonablemente visible (Zavala de González: *Resarcimiento de daños,* 2º, p. 178).

– Es obvio que en este caso los hechos acreditados son suficientemente elocuentes. Los dictámenes e informes médicos de autos, cuya reproducción aquí es innecesaria pero de los que lealmente dan cuenta el recurso y la queja, demuestran que Conde sufrió daños estéticos extraordinarios y gravísimos (extensos, irreversibles y visibles). El resultado de las lesiones es claramente apreciable en las fotografías que obran en la causa. Dada la relevancia que el aspecto estético tiene en nuestro medio cultural, el resarcimiento debe tener en consideración la incidencia que la secuela de la lesión va a tener en la vida del afectado, en especial en la relación con sus semejantes, incluso con los más próximos. En atención a que en las sentencias anteriores no es posible determinar la incidencia del daño estético en el monto indemnizatorio, entiendo que deben otorgarse $ 300.000 como fuera solicitado en la demanda, que comprende las sumas destinadas a intervenciones y a otros gastos que en el futuro se devenguen por la reparación de ese daño.

– El reclamo por daño psíquico para dar lugar a su resarcimiento debe presentar carácter de permanente (*Fallos,* 315:2834; 321:1124; 322:1792; S.36.XXXI. "Sitja y Balbastro, Juan Ramón c/La Rioja, Provincia de y otro s/daños y perjuicios", sent. del 27/5/2003) y producir una alteración de la psiquis que guarde adecuado nexo causal con el hecho dañoso (CSJN C. 742. XXXIII, "Coco, Fabián Alejandro c/Buenos Aires, Provincia de y otros s/daños y perjuicios", 29/6/2004).

– Nuevamente debo subrayar que también aquí los hechos probados en la causa son definitorios. La pericia psicológica redactada en los términos y según los métodos propios de la disciplina acredita la gravedad y permanencia de los daños psicológicos, que por su entidad eran apreciables aún desde el sentido común. En el caso del damnificado, el daño psíquico incide tanto en la esfera patrimonial como en la afectiva. Sin embargo, analizaré ahora sólo el primero de estos aspectos, y me ocuparé del segundo en la cuestión del daño moral.

– Debo recordar que la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que "cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas en forma permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación, al margen de lo que puede corresponder por el menoscabo de la actividad productiva y por el daño moral, ya que la integridad física tiene por sí misma un valor indemnizable y su lesión comprende a más de aquella actividad económica, diversos aspectos de la personalidad

que hacen al ámbito doméstico, cultural o social con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida" (*Fallos,* 315:2834; 321:1124; 322:1792). [C. 742. XXXIII, "Coco, Fabián Alejandro c/Buenos Aires, provincia de y otros s/daños y perjuicios", CSJN, 29/6/2004].

– En el marco de la doctrina citada arriba, fijaré la indemnización por daño psíquico en la suma de $ 50.000.

– En la demanda la "perdida de chance" aparece confundida con el reclamo por incapacidad sobreviniente (fs. 23 y 24 de la demanda); está pobremente fundado y omitido en el detalle de la liquidación (véase fs. 21 vta. del escrito de inicio).

– A más de lo señalado, es definitorio para el rechazo del agravio que el actor no logra conectar en el recurso interpuesto, las objeciones que formula en cuanto a que la sentencia omite el tratamiento del rubro pérdida de chance, ni la crítica estrictamente técnica y procesal (referida a que habría una falla en el objeto de la decisión) que agrega con una cuestión constitucional. Más allá de cuanto un juez tuviera para decir acerca del tema, no puede asumir la carga procesal del recurrente consistente en argumentar para sostener el recurso, como sucede en este expediente. En consecuencia, el agravio relativo a la "pérdida de chance" será desestimado.

– El agravio dirigido al *quantum* de la reparación del daño moral es procedente. La evaluación del perjuicio moral es una tarea compleja ya que aquí no hay forma de reponer las cosas a su estado anterior, ni de encontrar algo que sea equivalente al daño sufrido, lo que, en principio puede hacerse en algunos casos de daño material, como lo indica el art. 1083, Cód. Civil. El dolor no puede medirse o tasarse en dinero, solo cabe una vez comprobado, proporcionar algunos medios de satisfacción, lo cual insisto, no supone equivalencia. Sin embargo, la dificultad en calcular monetariamente los dolores no impide evaluar el dolor en su intensidad y grado. La experiencia social compartida, y no la condición de juez, permite intentar justipreciar la satisfacción adecuada para resarcir dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, dolor físico, padecimientos propios de las curaciones y actuales malestares subsistentes. A fin de establecer el monto del daño moral no se lo debe correlacionar con los daños materiales porque, por una parte se trata de lesiones de diferente índole, y por otra, la existencia o inexistencia de daños materiales carece de influencia en la determinación del agravio moral (conf. Llambías: *Obligaciones, Tratado,* t. I, p. 344 y sus citas; *JA,* 1978-II-582; *ED,* 79-317).

La irreversibilidad y la gravedad de las lesiones que afectan la vida de relación íntegra del actor (laboral, social, familiar; privada y pública), respecto de las cuales las probanzas de la causa son contundentes me inclinan a elevar el monto por daño moral a $ 500.000, que es el máximo reclamado en la demanda.

Los gastos quedaron subsumidos en las sumas otorgadas por lesión estética, daño psíquico y daño moral, que en conjunto, permitirán atender las erogaciones derivadas del tratamiento de las diversas secuelas dañosas.

En atención a lo expuesto *voto*: *1)* revocar parcialmente la sentencia recurrida por arbitraria; *2)* Fijar el capital de condena en la suma de $ 850.000 compuesto por $ 300.000 en concepto de daño estético que abarca intervenciones y gastos futuros; $ 50.000 en concepto de daño psíquico; y $ 500.000 en concepto de daño moral. *3)* El capital de condena se integrará con los correspondientes intereses moratorios que se devengarán desde la fecha del accidente según la tasa pasiva promedio que publica mensualmente el Banco Central de la República Argentina de acuerdo con lo previsto por el art. 8º del dec. 529/91, modificado por dec. 941/91 y hasta su efectivo pago. Los intereses no se capitalizarán salvo que se presenten los supuestos expresamente previstos en el art. 623 del Cód. Civil (Conf. *Fallos,* 329:335). *4)* Costas del proceso a la demandada (conf. art. 62, CCAyT).

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Estimo que puedo adherirme al punto 3 expuesto por la señora jueza de trámite que explica, incluso con citas de la jurisprudencia pertinente, que el motivo "arbitrariedad" procede de modo excepcional, no intenta servir de medio para corregir sentencias equivocadas en los hechos constatados o en el derecho aplicable, a estimación del recurrente, ni significa, por ende, una tercera instancia sobre el mérito, sino que tan sólo procede ante la absoluta falta de fundamentos de la decisión del caso o un vicio equivalente —errores lógicos en el razonamiento que tornen absurda la decisión— (conf. "Federación Argentina de Box c/GCBA s/acción de inconstitucionalidad, expte. nº 49/99, resolución del 25/8/99 y sus citas", en: *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, t. I, pp. 282 y ss.). Es por ello que la competencia del Tribunal no abarca cuestiones de hecho y prueba —valoración de los elementos incorporados al procedimiento—, como tampoco la interpretación de la ley común (infraconstitucional) aplicable.

Con mayor razón lo creo así, si, como puede apreciarse en varios fallos (conf. mis votos en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]'", expte. nº 3565/04, resolución del 26/5/2005 y "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Lococo, Marcela c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]'", expte. nº 3792/05, resolución del 29/6/1995), mi opinión ha sido todavía más estricta que aquella de mis colegas o de la Corte Suprema respecto del mencionado motivo de arbitrariedad. Sintéticamente expresada esa opinión, ella dice: *a)* la instancia de mérito regulada por las leyes procesales termina antes de los recursos extraordinarios, dispuestos por la misma ley que concede a los tribunales superiores competencias también extraordinarias, competencias que tienden al custodio del respeto del rango institucional de las leyes; *b)* la extensión de la doctrina de la Corte Suprema sobre el punto tiende a vaciar la definición de "arbitrariedad" para reemplazarla por la que corresponde al *agravio* personal de la parte que recurre, requisito previo de todo recurso; *c)* los tribunales superiores deben evitar exceder su competencia para transformarse en tribunales de mérito,

pues ello significa, cualquiera que sea la vía utilizada, sobrepasar el poder que la ley les confiere; y *d)* desde el punto de vista práctico, la apertura de la definición de una palabra y, consecuentemente, de la competencia del tribunal, lo expone a arbitrariedades superiores a las que pretende cancelar, pero, sobre todo, a la intrascendencia de sus decisiones.

2. Pero esta advertencia no detiene su influencia en algunos puntos de la sentencia, para dejar libre de ella a otros. Quien lee la sentencia en cuestión (voto del señor juez Centanaro, al cual adhieren sus colegas) no puede menos que advertir que ella se ocupa detenidamente de los dos recursos de apelación interpuestos ante la Cámara, lo hace valorando la prueba que entiende resultó útil y aplicando el derecho común que entendió vigente y aplicable al caso. Por lo tanto, la argumentación de arbitrariedad que expone el actor, más allá de si la sentencia ha sido justa o injusta, sólo se refiere a una cuestión de prueba, valorada por él de distinta manera que en la decisión.

3. En cuanto a los honorarios creo correcta, más allá del disenso, la cita de la Corte Suprema que la señora jueza de trámite transcribe acerca del recurso extraordinario federal (véase CSJN, *Fallos,* 322:1716, entre otros; punto 5 del voto de la señora jueza de trámite): en ese marco la imposición de costas en las instancias ordinarias es una cuestión fáctica y de interpretación de la ley común, propia, por ello, de los jueces de la causa y ajena a la decisión del Tribunal, cita que he modificado levemente para referirla a la tarea del TSJBA y al recurso de inconstitucionalidad que le compete.

4. Por ello, mi voto rechaza la queja, que sólo se refiere a cuestiones sobre valoración de la prueba y derecho común.

Por ello, emitido el dictamen del Fiscal General Adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar admisible* el recurso de queja interpuesto, solamente en lo referido a la imposición de costas de primera instancia y la reducción del monto otorgado por daño moral, y rechazarlo respecto de los restantes agravios.

2º. *Hacer lugar parcialmente* al recurso de inconstitucionalidad deducido por la parte actora.

3º. *Revocar* la sentencia de Cámara en cuanto al monto de la reparación por daño moral, en los términos que surgen del punto 4 del voto de la jueza Ana María Conde.

4º. *Revocar* la sentencia de Cámara en cuanto impone las costas de primera instancia en un 10 % a cargo del actor y en un 90 % a cargo de la demandada y las

de la alzada por su orden, y *disponer* que las costas de primera y segunda instancia sean soportadas íntegramente por la demandada vencida.

5º. *Imponer* las costas del recurso por su orden.

6º. *Mandar* se registre, se notifique, se agregue la queja al principal y, oportunamente, se devuelva.

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

XLIX

"TECNO SUDAMERICANA S.A. C/GCBA S/IMPUGNACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD. IMPUESTO SOBRE LOS INGRESOS BRUTOS: Determinación de oficio sobre base cierta. Multa. Principio de culpabilidad. ACTIVIDAD INDUSTRIAL: Alícuota reducida. VENTAS A CONSUMIDOR FINAL: Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento. Principio de reserva de ley en materia tributaria. Interpretación de normas tributarias. Cuestiones de hecho y prueba. Arbitrariedad de sentencia.

SUMARIOS:

1. No se configura el caso constitucional requerido por la ley 402 como requisito de admisibilidad del recurso de inconstitucionalidad, ya que la interpretación del concepto "consumidor final" contenido en distintas normas infraconstitucionales —ordenanzas fiscales—, y su aplicación al presente caso, de acuerdo a los hechos alegados y las pruebas obrantes en autos, es resorte de los jueces de mérito. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

2. El principio de legalidad tributaria no solo no impide interpretar la ley, sino que exige del Poder Judicial una labor hermenéutica que le asigne a los términos de las normas tributarias su correcto significado. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

3. Las normas tributarias deben interpretarse de acuerdo a los métodos admitidos en derecho —literal, teleológico, histórico, evolutivo, etc.—, lo que puede conducir a una interpretación restrictiva o extensiva, según los casos y las normas involucradas. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

4. El agravio referido a la sanción de multa convalidada por la Cámara, en principio constituye una cuestión ajena al ámbito del recurso de inconstitucionalidad, ya que dilucidar si la actora actuó en esta ocasión en forma diligente o reprochable requiere analizar hechos y pruebas de la causa, lo que corresponde a los jueces de mérito. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

5. La interpretación del derecho común no puede suscitar por sí misma un caso constitucional, pues no ha sido puesta en juego la inteligencia de un acto de autoridad según leyes constitucionales básicas que impliquen su lesión. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

6. La ley local de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no ha organizado un tribunal de casación sobre materia tributaria que pueda arrogarse competencia respecto de la interpretación última del derecho tributario de la ciudad y el Tribunal Superior de Justicia no posee competencia ni características de corte de casación sobre el derecho común, porque no es un tribunal de casación común y sólo es competente para una suerte de casación constitucional. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

7. La interpretación de los preceptos impositivos de esta jurisdicción no habilitan el recurso de inconstitucionalidad previsto en el art. 113, inc. 3º, CCBA y art. 26, inc. 4º de la ley 7, más allá de que tal regla puede ceder sólo cuando el recurrente demuestra en forma acabada y convincente que se ha infringido, al desentrañar los preceptos en juego, el significado de las reglas que definen el núcleo central del presupuesto de hecho cuya verificación en el campo factual da nacimiento a la obligación de pago de un tributo, genera el derecho a una minoración de la tarifa o de la cuota, o torna procedente la aplicación de una exoneración o beneficio, por hallarse comprometido, en tal supuesto, el principio de reserva de ley tributaria. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

8. A través del Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento, suscripto en la Ciudad de Buenos Aires el 12/8/1993, entre el Presidente de la Nación y los gobernadores provinciales y oponible a las autoridades de esta Ciudad Autónoma, se propendió a adoptar políticas uniformes que armonizaran y posibilitaran la finalidad común del crecimiento de la economía nacional y la reactivación de las economías regionales, y, en particular, del acto declarativo primero, punto 4º, inc. e), en cuya virtud las jurisdicciones locales debían eximir del impuesto sobre los ingresos brutos a la actividad de "Producción de bienes (industria manufacturera), excepto, los ingresos por ventas a consumidores finales que tendrá el mismo tratamiento que el sector minorista". *(Voto del señor juez José O. Casás).*

9. Durante los períodos fiscales involucrados la normativa vigente no contuvo una definición de "consumidor final", concepto que recién alcanzó recepción en el derecho local al sancionarse la ley 150, correspondiente al texto ordenado para el año 1999 del Código Fiscal, ni tampoco se la puede encontrar en las transcripciones realizadas del Pacto Federal de 1993, de modo que, más allá de que pueda discutirse el alcance otorgado al concepto de "consumidor final" en la interpretación efectuada en la sentencia del tribunal *a quo,* no cabe descalificarla por apartamiento palmario de la solución normativa, por cuanto la labor hermenéutica realizada se sostiene, al menos, a través de la significación de los conceptos que nos brinda el lenguaje común. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

10. Corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad respecto de la multa impuesta por evasión fiscal —equivalente en el orden federal a la omisión de impuestos—, pues la sanción exige de una conducta culposa o negligente de parte del contribuyente. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

Expte. nº 5494/07 - 19/3/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. A fs. 8/30, Tecno Sudamericana S.A. inició demanda contra el GCBA con el fin que se deje sin efecto la resol. 333-SHyF/00, que desestimó el recurso jerárquico interpuesto contra la resol. 6817-DGR/98, que impugnó las liquidaciones efectuadas por la actora del impuesto a los ingresos brutos devengado en el período 1992/1998, determinó de oficio sobre base cierta la materia imponible y el tributo correspondiente, impuso una sanción de multa por evasión fiscal, y la intimó a ingresar las sumas resultantes.

2. A fs. 408/412, el Juez de primera instancia dictó sentencia definitiva, haciendo lugar a la demanda y declarando la nulidad del acto administrativo cuestionado.

Dicha sentencia fue apelada por la actora a fs. 413 y la demandada a fs. 416. La expresión de agravios de la actora fue presentada a fs. 429/434 y contestada por el GCBA a fs. 458/460, y la expresión de agravios de la demandada fue presentada a fs. 437/449 y contestada por su contraria a fs. 452/456.

3. A fs. 462/465 la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario dictó sentencia, en la que admitió el recurso de apelación interpuesto por el GCBA y, en consecuencia, rechazó la demanda deducida por Tecno Sudamericana S.A., con costas de ambas instancias a la vencida.

4. A fs. 468/482 la actora interpuso recurso de inconstitucionalidad contra dicha sentencia, el que fue contestado por la demandada a fs. 486/504, y declarado admisible por la Cámara mediante la resolución de fs. 507/509.

5. A fs. 517/520 dictaminó el señor Fiscal General Adjunto, propiciando que se declare mal concedido el recurso de inconstitucionalidad.

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad fue interpuesto en debido tiempo y forma (conf. art. 28 de la ley 402), y se dirige contra una sentencia definitiva, pero no logra acreditar la existencia efectiva de un caso constitucional.

Para conceder el recurso de inconstitucionalidad articulado por Tecno Sudamericana S.A, la Sala II, CAyT sostuvo que "la 'reserva de ley' se correlaciona con el principio de tipicidad y la regla de la taxatividad que es su consecuencia, por lo que las leyes tributarias deben describir hipótesis de incidencia mediante enunciaciones *taxationis causae* y no mediante enumeraciones *exemplatio causae*", y

agregó entonces que "En el *sub lite* (...) la necesaria precisión legal sobre la cuestión principal decidida se encuentra cuestionada por el recurrente", para concluir que "aparece como controvertida la validez de una norma y acto con la pretensión de ser contrarios a la garantía constitucional invocada y el pronunciamiento ha recaído sobre tales temas" (fs. 508 vta./509).

Sin embargo, el agravio planteado por la parte actora centró su crítica en señalar que las operaciones de venta analizadas no deben tributar el ISIB bajo la alícuota del 3 % pues según la normativa aplicable "no se considera consumidor final a las empresas de Industrias, Comercio y Servicios por los bienes que adquieren para el desarrollo de su actividad económica" (fs. 478). A criterio de la recurrente el principio de legalidad quedó afectado por la interpretación que formuló la Cámara del fuero sustentada en un supuesto criterio "literal y sistemático" que excede el marco establecido por las normas fiscales aplicables durante los períodos reclamados (fs. 476 vta., punto IX y fs. 478 vta.).

En tal contexto, el caso descripto por el *a quo* no viene planteado por la recurrente, y el que esta parte postuló realmente, no configura un caso constitucional que habilite la intervención del Tribunal, por los motivos que expondré a continuación.

2. En la presente acción judicial se cuestionó el criterio del Fisco local, que determinó que las ventas de muebles de oficina que realizó la empresa Tecno Sudamericana S.A. a distintas empresas en los años 1992 a 1998, realizadas con facturas tipo "A", no estaban alcanzadas por la exención del ISIB —en algunos años— o la alícuota reducida del 1,5 % —en otros años— que beneficiaban a la actividad industrial, sino que debían tributar la alícuota general del 3 %, por tratarse de ventas a "consumidor final", supuesto excluido del citado beneficio tributario.

Contrariamente, la actora sostuvo que dichas ventas no fueron realizadas a "consumidor final" porque las empresas que adquirieron los muebles de oficina los utilizaron para afectarlos a procesos de producción, comercialización o prestación de servicios. En consecuencia, y a los efectos del ISIB, para la accionante no habría venta a "consumidor final" cuando el adquirente incorpore los bienes vendidos a su actividad económica (ver fs. 471).

Por su parte, la Cámara sostuvo que la normativa vigente durante los períodos fiscales cuestionados no contenía una definición de "consumidor final". Por lo tanto, acudiendo a los distintos principios hermenéuticos, concluyó que consumidor final es aquel que hace uso o consumo de los bienes adquiridos, finalizando la cadena de comercialización (ver fs. 463 vta./464 vta., aparts. 7 y 8), y de esta manera convalidó la pretensión del Fisco local.

En el recurso de inconstitucionalidad deducido contra dicha sentencia, la actora consideró que existe un caso constitucional consistente en la violación al principio de legalidad tributaria, y criticó concretamente dos aspectos de la sentencia:

– Por un lado, manifestó que la Cámara habría interpretado en forma incorrecta la normativa aplicable al considerar "consumidores finales" a las empresas a quienes vendió sus productos mediante facturas tipo "A"

(ver fs. 470/479 vta.). Además sostuvo que el *a quo* omitió considerar la normativa vigente durante los períodos ajustados.

– Por el otro lado, sostuvo que la sanción de multa aplicada resulta improcedente, ya que la Cámara no ponderó correctamente la existencia de un error de derecho excusable, atento existir sentencias contradictorias, sumado a los propios dictámenes técnicos del Fisco local que avalaban su postura (fs. 479 vta./482).

3. En cuanto al primer agravio, el presunto caso constitucional que plantea el recurrente constituye, en realidad, una mera discrepancia con la forma en que la Cámara interpretó el concepto de "consumidor final" incluido en normas infraconstitucionales —las distintas ordenanzas fiscales— y lo aplicó al presente caso de acuerdo a los hechos y pruebas obrantes en autos.

a) En principio, y como sostuve en un caso en el que el meollo de la cuestión radicaba en desentrañar el alcance del concepto "actividad industrial" contemplado en las leyes fiscales ("Compañía Papelera Sarandí SACIIA c/GCBA s/impugnación de actos administrativos s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. nº 5331/07 "Compañía Papelera Sarandí SACIIA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Compañía Papelera Sarandí SACIIA c/GCBA s/impugnación de actos administrativos'", expte. nº 5335/07, resolución del 6/11/2007), el presente planteo no configura el caso constitucional requerido por la ley 402 como requisito de admisibilidad del recurso de inconstitucionalidad, ya que la interpretación de un concepto —"consumidor final"— contenido en distintas normas infraconstitucionales —ordenanzas fiscales—, y su aplicación al presente caso de acuerdo a los hechos alegados y las pruebas obrantes en autos, es resorte de los jueces de mérito.

Cabe hacer excepción a esta pauta general cuando la sentencia cuestionada demuestra una clara arbitrariedad, lesiva del derecho a la defensa en juicio de la parte agraviada. Pero ello no ocurre en el caso, ya que la interpretación realizada por la Cámara, más allá de su acierto o error —sobre lo que no cabe expedirse—, es razonable y ha sido adecuadamente fundada.

Sostener —como lo hizo la Cámara— que consumidor final es aquel que hace uso o consumo de los bienes adquiridos, finalizando la cadena de comercialización, resulta una interpretación válida que no asoma como claramente irrazonable, máxime teniendo en cuenta que el criterio contrario —aducido por la actora— no encuentra fundamento en ninguna norma *local* vigente en los períodos cuestionados (1992/1998).

Vale recordar que la doctrina de la arbitrariedad, dado su carácter excepcional, exige de quien la invoca la demostración rigurosa e inequívoca del vicio que atribuye al fallo recurrido (*Fallos,* 303:387). Por lo tanto, que la parte recurrente discrepe con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que la sentencia devenga infundada y, por ende, arbitraria (conf. *Constitución y Justicia* —Fallos del TSJBA—, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, t. I, pp. 282 y ss., en: "Federación

Argentina de Box c/GCBA s/acción de inconstitucionalidad", expte. nº 49/99, resolución del 25/8/99 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).

b) Por otro lado, la afirmación realizada por la actora, en cuanto a que la Cámara aplicó incorrectamente el fallo "Vicla" —dictado por la Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad—, demuestra una lectura incorrecta del fallo recurrido. En efecto, la Cámara sostiene que consumidor final es aquel que adquiere un bien para su uso o consumo personal, sin proceder a su posterior comercialización, y de acuerdo a este criterio resulta indistinto que el adquirente sea un organismo público o una empresa privada: lo que importa es que allí finalizó la cadena de comercialización del producto en cuestión.

c) Como podemos apreciar, resulta desacertada la invocación del recurrente, en cuanto a que se habría violado el principio de legalidad tributaria, ya que dicha regla constitucional no guarda relación directa e inmediata con lo decidido por el *a quo.*

En primer lugar, aquí existe una ley, en sentido formal y material, que excluye a las ventas realizadas a "consumidores finales" de la exención o minoración de la alícuota que beneficia a la actividad industrial.

En segundo lugar, el principio de legalidad tributaria no solo no impide interpretar la ley, sino que exige del Poder Judicial una labor hermenéutica que le asigne a los términos de las normas tributarias su correcto significado. Y esa ha sido la tarea que realizó la Cámara, obligada por la ausencia de una definición del término "consumidor final" en las ordenanzas fiscales aplicables, para lo cual acudió a distintos métodos interpretativos aplicables a la materia tributaria.

Como dije en un reciente fallo ("Solares de Conesa S.A. c/GCBA s/impugnación actos administrativos s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 5406/07, resolución del 13/2/2008), las normas tributarias deben interpretarse de acuerdo a los métodos admitidos en derecho —métodos literal, teleológico, histórico, evolutivo, etc.—, lo que puede conducir a una interpretación restrictiva o extensiva, según los casos y las normas involucradas. Y es que la vigencia efectiva del principio de legalidad tributaria depende de esta labor interpretativa a cargo del Poder Judicial, la cual debe ser realizada en forma razonable, como ocurre en este caso.

4. Resta analizar el agravio que Tecno Sudamericana S.A. postula en el punto VII del recurso de inconstitucionalidad. Allí la recurrente sostiene que el pronunciamiento impugnado omitió considerar la normativa vigente durante los períodos ajustados, e intenta demostrar que, hasta 1998, el ISIB para la actividad industrial estaba regulado de un modo tal que esa actividad tributaba bajo una alícuota reducida (1,5 %), o el rubro directamente estaba exento (0 %), salvo cuando se verificaran operaciones minorista en razón de venderse los productos a público consumidor o consumidores finales.

En la hipótesis planteada en el recurso, el punto dirimente ya no pasaría por el concepto de consumidor final sino que quedaría ligado al carácter mayorista o minorista de la operación de venta considerada. Bajo tal inteligencia la contribuyente se agravia porque "La sentencia no valora el hecho de que mi parte vendió sus productos a las empresas al 'por mayor', pues la envergadura de las mismas impide de por sí considerar a dichas ventas como efectuadas al 'menudeo' o 'ventas minoristas'..." (fs. 474).

Sin embargo, la defensa ensayada no había sido propuesta ni en la demanda ni en el escrito por el que Tecno Sudamericana S.A. contestó los agravios que el GCBA articuló al apelar la sentencia de primera instancia que declaró la nulidad del acto que reajustó el impuesto reclamado a la actora. En tales condiciones, fue la propia recurrente la que no puso al *a quo* en la necesidad de abordar el tema por cuanto sus planteos se habían concentrado en demostrar que las operaciones generadoras de las diferencias en el pago del ISIB requeridas por el GCBA afectaban ventas de productos que, a criterio de la recurrente, quedaban incorporados a procesos de producción, comercialización o prestación de servicios, según la actividad propia de sus clientes.

La omisión denunciada en el recurso, entonces, no configura un supuesto de arbitrariedad sino que es consecuencia del propio obrar de la accionante.

5. Con respecto al cuestionamiento a la sanción de multa convalidada por la Cámara, en principio constituye una cuestión ajena al ámbito del presente recurso, ya que dilucidar si la actora actuó en esta ocasión en forma diligente o reprochable requiere analizar hechos y pruebas de la causa, lo que corresponde a los jueces de mérito. Pero además, la fundamentación expuesta no exhibe la seriedad, contundencia y autosuficiencia que exige un recurso de esta índole.

Repite en varias oportunidades que "no ha mediado en el caso de autos dolo, ni culpa y ni siquiera negligencia por parte de Tecno Sudamericana S.A. que amerite la imposición de sanción alguna" (fs. 480), pero no manifiesta en qué se fundamente la aseveración, en qué consistió su conducta diligente, y en consecuencia dicha afirmación deviene dogmática.

También menciona la existencia de "sentencias contradictorias" (fs. 481 vta.) que demostrarían la configuración de la causal exculpatoria, pero olvida mencionar que la sentencia de primera instancia y la de la Cámara fueron emitidas en los años 2005 y 2007 respectivamente, es decir muchos años después configurarse la evasión del impuesto reclamado por el Fisco local (correspondiente a los períodos 1992/1998). Por lo tanto, es imposible que el dictado de la sentencia de primera instancia, que le dio la razón, haya motivado el no pago del impuesto reclamado por el GCBA; y por otro lado, la existencia de sentencias contradictorias tan solo demuestra que es una cuestión controvertida, como lo son muchos de los casos que se plantean ante tribunales.

Por otra parte, la actora sostiene genéricamente que obraban "dictámenes técnicos del organismo municipal que avalaban la postura de nuestra parte" (fs. 481 vta.), pero no especifica cuáles son dichos dictámenes, dónde se encuentran,

en qué expediente administrativo fueron emitidos, qué decían dichos dictámenes. Tan solo menciona, en otra parte del escrito (fs. 475), el informes 451-DGI y AF/99, obrante a fs. 457/458 del expte. adm. nº 50662/99, pero existen dos cuestiones esenciales a tener en cuenta:

- en primer lugar, dicho informe fue emitido el 12/10/1999, con posterioridad al incumplimiento de los impuestos reclamados, en consecuencia —y como dije precedentemente respecto de las sentencias contradictorias— ninguna influencia pudo tener en la voluntad de pago de Tecno Sudamericana S.A.;
- y por otro lado, dicho informe ha sido suscripto por la Directora General de Investigación y Análisis Fiscal de la Subsecretaría de Recursos y Administración Tributaria del GCBA (fs. 457/458), en forma inmediatamente previa al dictamen jurídico obligatorio de la Procuradora General de la Ciudad de Buenos Aires (fs. 459/460), quien se expidió en el sentido contrario propugnando confirmar la resolución administrativa impugnada por Tecno Sudamericana S.A.

Asimismo, la cita de distintos fallos y doctrina no logra salvar las apuntadas deficiencias argumentales, ya que no fundamenta con precisión de qué manera son aplicables al caso concreto.

Por último, y a mayor abundamiento, si la actora considera que obró en forma diligente —para eximirse del pago de la multa—, no se explica por qué no requirió a la Dirección General de Rentas que interprete el concepto de "consumidor final" mediante una resolución interpretativa, en los términos de los arts. 3º, inc. 14º y 7, inc. 5º de la Ordenanza Fiscal año 1992 (t.o. mediante dec. 6137/91).

6. Por todo lo expuesto, voto por declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad, con costas a la actora, por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 62, CCAyT).

El juez Luis F. Lozano dijo:

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

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Acompaño la decisión de la señora jueza de trámite, la doctora Ana María Conde, en tanto propicia observar como mal concedido el recurso de inconstitucionalidad que la Cámara consideró procedente. En efecto, el recurso interpuesto por Tecno Sudamericana S.A. se limita a afirmar, sin sustento argumental alguno, que la sentencia del tribunal anterior en grado lesiona el principio de legalidad tributaria (CCBA, 51) y el principio de razonabilidad en la reglamentación del ejercicio de los derechos (C.N., 28). Con otras palabras, el recurso no identifica, define o demuestra en modo alguno una vinculación directa entre la decisión de la Cámara y la transgresión que invoca; más aún: como se verá, los limitados argumentos que ofrece la recurrente, orientados a demostrar dicha relación, remiten a cuestiones de hecho y prueba y derecho común (*infraconstitucional*). Todo ello configura un

cuadro jurídico dentro del cual no se aprecia ni se advierte la existencia de una cuestión constitucional que deba ser atendida.

2. Muy brevemente, vale la pena explicitar el caso controvertido: se trata de determinar si la tasa para liquidar el impuesto sobre los ingresos brutos durante el período 1992/98, aplicable a la empresa demandante, debe ser el correspondiente a ventas a "consumidor final" (alícuota del 3 %), y si los intereses y la sanción en concepto de multa —establecidos por resolución de la Dirección General de Rentas y Empadronamiento Inmobiliario— están en orden en el *sub examine*. La sentencia de Cámara, con fundamentos, articula respuestas plausibles frente a estas preguntas. Con independencia de su corrección o incorrección, más allá de su conveniencia o inconveniencia, el decisorio se funda en consideraciones de derecho común, naturales para un tribunal de mérito, incluso para un tribunal de casación referido al derecho común, pero escasamente naturales para un tribunal que sólo puede intervenir "cuando se haya controvertido la interpretación o aplicación de normas contenidas en las constituciones nacional o de la ciudad, o la validez de una norma o acto bajo la pretensión de ser contrarios a tales constituciones, siempre que la decisión recaiga sobre esos temas" (conf. art. 27, ley 402).

De este modo, independientemente del acierto o desacierto de los criterios hermenéuticos que afirma como elegibles la sentencia impugnada acerca de la ley tributaria local, la interpretación del derecho común no puede suscitar por sí misma un *caso constitucional*, pues no ha sido puesta en juego la inteligencia de un acto de autoridad según leyes constitucionales básicas que impliquen su lesión. Como lo ha expresado el Tribunal, no basta con la mera mención o invocación de principios constitucionales, como el de *legalidad* de los tributos o el de *razonabilidad* en la reglamentación de las leyes, para acceder al recurso extraordinario de inconstitucionalidad local (conf. "Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja", expte. nº 131/99, resolución del 23/2/2000 en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, t. II, pp. 20 y ss.).

3. Es claro que el tema y su solución jurídica interesa sólo a normas de derecho local, puesto que la regulación del impuesto sobre los ingresos brutos, su base de cálculo, la alícuota respectiva, los períodos de pago, las sanciones aplicables por su falta de integración, el alcance de conceptos intrínsecos a la materia tributaria, como el de *consumidor final* —cuestionado en el litigio—, etcétera, constituyen cuestiones propias de regulación del derecho común local. Pero, además, según lo tengo ya dicho (conf. los párrafos pertinentes de mis votos *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. nº 2192/03, resolución del 17/11/2003, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], cit., t. V, pp. 794 y ss.; e "YPF S.A. c/DGR [resol. 480-DGR/00] s/recurso de apelación judicial c/decisiones DGR [art. 114 C.F.] s/recurso de apelación ordinario concedido", expte. nº 2594/03, sent. del 11/5/2004), la legislación que

menciona el art. 75, inc. 12, C.N., también constituye materia de derecho común que las provincias, de común acuerdo, delegaron (art. 121 y concs., C.N.) en el Congreso de la Nación, legislador nacional, "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 sus respectivas jurisdicciones". De tal modo, insisto, la materia debatida en esta controversia, de la misma manera que el derecho civil, el derecho comercial o el derecho penal, remite a cuestiones de derecho infraconstitucional —no constitucional o federal— cuya interpretación debe quedar en los tribunales últimos que la ley de competencia local (provincias, ciudad autónoma) establece.

4. La ley local de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no ha organizado un tribunal de casación sobre materia tributaria que pueda arrogarse competencia respecto de la interpretación última del derecho tributario de la ciudad y el Tribunal Superior de Justicia no posee competencia ni características de corte de casación sobre el derecho común: en pocas palabras, el TSJBA no es un tribunal de casación común y sólo es competente para una suerte de casación constitucional. La interpretación del derecho común no es de su competencia, sino tan sólo cuando la decisión, necesariamente, cuestione la interpretación o aplicación de una norma constitucional o la validez de una norma de derecho común o acto de autoridad por lesionar una norma de aquel tipo. Esto no ha sucedido en el *sub iudice*, pues la invocación genérica de *principio de legalidad* de los tributos no basta para crear un caso constitucional, por disidencia del recurrente con la interpretación del tribunal de mérito —agravio subjetivo— (si así fuera, cualquier disidencia en la interpretación de la ley común lesionaría este principio y abonaría la posibilidad del recurso de inconstitucionalidad; por tanto, convertiría a este tribunal en instancia natural de la interpretación de la ley común: conf. expte. nº 1898/02, "Droguería Americana c/ GCBA [resol. DGR-7346/91] s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR s/recurso de apelación ordinario concedido", y expte. nº 1899/02, "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado" en "Droguería Americana c/GCBA [resol. DGR-7346/91] s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR", sent. del 17/11/2003, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], cit., t. V, pp. 842 y ss., consid. II, nº 2).

5. Analizado ahora uno de los agravios de la recurrente como la interpretación y aplicación *inadecuadas* de la normativa aplicable por el tribunal superior en grado, corresponde señalar que tampoco basta para crear un caso constitucional la designación como *arbitraria* de la opinión contraria expuesta por el tribunal de mérito, pues, como lo tiene dicho el Tribunal, en el mejor de los casos sólo excepcionalmente puede fundar un recurso de inconstitucionalidad (conf. expte. nº 1988/02, "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Vicla S.A. c/DGR [resol. 4412-DGR/00] s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR'", sent. del 2/4/2003, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], cit., t. V, pp. 163 y ss.) y porque, en mi opinión, la llamada *arbitrariedad* no constituye

un motivo autónomo de impugnación por inconstitucionalidad (conf. mi voto y sus citas *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado" en: "Gianola, Graciela Victoria c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA]", expte. nº 2777/04, resolución del 16/6/2004).

Por lo demás, también yo he procurado advertir acerca de los graves inconvenientes que derivan de confundir este supuesto motivo con aquello que significa jurídicamente la palabra *agravio* en el ámbito de los recursos contra decisiones judiciales (ver mis votos en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]'", expte. nº 3565/04, "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Lococo, Marcela c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]'", expte. nº 3792/05; y "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Kislak, Pablo Carlos y otros c/GCBA y otros s/responsabilidad médica'", expte. nº 4081/05, sent. del 30/11/2005, entre muchos otros).

En las opiniones citadas puede observarse que mi aceptación de alguna tacha de arbitrariedad, como motivo constitucional, es sumamente limitada e, incluso, particularmente restrictiva con relación a la opinión de mis colegas del Tribunal. Aplicado al caso analizado, yo estimo que la sentencia de la Cámara, criticada por el recurso de inconstitucionalidad, no "interpreta en forma incorrecta la normativa aplicable" (fs. 470 y ss.), ni resulta "inaccesible... la razón que lleva a forzar la interpretación de la legislación en forma reiterada, conformando una actitud no sólo inconstitucional sino contraria a la esencia del derecho que debe regir toda política económica y tributaria" (fs. 471 vta.), según otra de las críticas que le dirige la demandante. La sola lectura de la sentencia de la Cámara da cuenta de sus fundamentos, apoyados en la ley, más allá del acierto o desacierto de sus conclusiones, conforme a las interpretaciones de las partes.

Es del caso reiterar, casi hasta el cansancio, que meras discrepancias del recurrente con la valoración de elementos probatorios o con la interpretación del derecho común (infraconstitucional) no son susceptibles de fundar un recurso de inconstitucionalidad (conf. mi voto *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. nº 3264/04, resolución del 23/2/2005, entre múltiples otros casos).

6. En cuanto a los restantes agravios de la recurrente, que involucran, también, la valoración de los hechos y de la prueba (por ejemplo, la supuesta omisión por la Cámara de ponderar adecuadamente la configuración de un "error excusable" al confirmar la multa impuesta), me remito a los argumentos articulados por la señora jueza de trámite en su voto, orientados a fundar la falta de sustento de aquellas objeciones.

7. Por todo lo expuesto, y como lo anticipé en el comienzo, voto por declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad de fs. 468/482 e imponer las costas a la vencida (art. 62, CCAyT).

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad que luce a fs. 468/482 vta. satisface las condiciones de admisibilidad. Ha sido interpuesto en tiempo y forma, ante el tribunal superior de la causa contra una sentencia definitiva y quien recurre goza de legitimación y capacidad procesal. Aunque formalmente admisible, el recurso en análisis debe ser rechazado. En los apartados que siguen expondré las razones que apoyan esta conclusión.

2. Los agravios de la accionante se orientan, por un lado, a atacar la interpretación de la normativa aplicable efectuada por la Sala II y, por otro, a criticar la solución de los sentenciantes a la impugnación de la multa por evasión fiscal. A continuación trataré la primera de estas cuestiones (punto 3) y luego la argumentación ensayada por Tecno Sudamericana S.A. (en adelante, "TSA") en relación con la sanción impuesta por el Gobierno (punto 4).

3.a) La recurrente denuncia que la sentencia de la Sala II interpretó en forma incorrecta la normativa aplicable. Expresa que la interpretación o intento de definición del concepto "consumidor final" del Fisco ratificada por la Cámara "no existió ni existe en ninguna norma válida" (fs. 470 vta.). Insiste en que sus clientes "(...) utilizan los productos que adquieren para afectarlos a procesos de producción, comercialización o prestación de servicios, según la actividad que desarrollen: Industria, Comercio o Servicios" (fs. 470 vta.). Concluye diciendo que "(...) no es acertado considerar, como ha hecho la sentencia de Cámara, que los bienes vendidos no continuaron dentro de la 'cadena de comercialización'" (fs. 471 vta.).

Los planteos de la impugnante se agotan en la enunciación de su desacuerdo con la noción de "consumidor final" y con su aplicación a las ventas cuestionadas en la sentencia atacada. Sin embargo, la accionante no logra vincular esa interpretación con la vulneración de principios o garantías constitucionales.

b) La actora señala que el *a quo* aplicó erróneamente el precedente dictado por la Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario en "Vicla Sociedad Anónima c/DGR (Res. Nº 4412/DGR/2000) s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR". Según afirma no existiría analogía entre aquel precedente y su situación. Aduce que en el caso "Vicla" se cuestionaban ventas a organismos públicos en tanto que aquí se trata de ventas a "empresas privadas que utilizan los productos adquiridos para incorporarlos a su 'cadena de producción'" (fs. 475 vta.) y que "(...) la situación planteada en estas actuaciones resulta ser sustancialmente distinta de la mera venta de productos a aquellos 'consumidores finales que agotan el uso del producto vendido', como resultan ser los organismos públicos" (fs. 476 vta.).

El argumento de TSA es insostenible. En el expediente "Vicla", la Sala I consideró que las ventas impugnadas estaban gravadas porque los adquirentes de los bienes (organismos públicos que compraban productos a Vicla S.A.) no los incorporaban a un proceso de producción, transformación, comercialización

o prestación de servicios a terceros. Esta es la circunstancia a partir de la cual la Cámara estableció el criterio que aplicó en el caso de autos. Lo relevante no fue entonces ni es ahora, si quienes adquieren son personas públicas o privadas como pretende la recurrente.

El voto de la señora jueza de Trámite, en el punto 3b), se orienta en igual sentido cuando refiere que la Sala I en "Vicla" definió el término "consumidor final" como aquel que adquiere un bien para su uso o consumo personal, sin proceder a su ulterior comercialización. Por lo tanto, lo que importa no es si el adquirente es un organismo público o una empresa privada sino que lo que interesa es que allí finalizó la cadena de comercialización.

En la sentencia recurrida los camaristas destacaron: *i)* la analogía entro lo debatido en autos y la situación examinada por la Sala I en "Vicla", *ii)* que en tal antecedente se interpretó el término "consumidor final" como referido a aquellas personas que hacen uso o consumo de los bienes adquiridos sin continuar la cadena de comercialización, *iii)* que las entidades que adquieren los productos fabricados por TSA (muebles para oficina) finalizan la cadena de comercialización, es decir, consumen esos bienes, *iv)* que de los informes que obran en autos surge que si bien las empresas oficiadas adquirieron el mobiliario producido por la actora, esa mercadería no tiene incidencia en la específica actividad que desarrolla cada una de ellas (construcción de inmuebles, venta de automóviles, periodística, financiera, asesoramiento de empresas, compraventa de títulos valores, aseguradora, siderúrgica, de telecomunicaciones, petrolera, etc.).

Con acierto la Cámara apuntó que, de seguirse la tesis de TSA, resultaría que ninguna empresa adquiriría bienes de uso como "consumidor final".

c) Llegados a este punto de su presentación, la accionante afirma que la sentencia recurrida vulneró los principios de legalidad y de razonabilidad. Reitero lo que señalara en el apart. 3a), último párrafo: la recurrente omitió toda referencia a una cuestión constitucional y los primeros (y únicos) principios constitucionales que cita son los que acabo de mencionar.

Ahora bien: tanto en lo que respecta al principio de legalidad como en lo relativo al principio de razonabilidad, TSA abunda en citas de doctrina que no relaciona con el caso concreto; tampoco explica adecuadamente de qué forma la sentencia habría afectado los referidos principios constitucionales.

d) En síntesis, todo el planteo que intenta TSA está limitado a su discrepancia con la interpretación de normas infraconstitucionales que hiciera la Cámara. Ya fue demostrado en los parágs. a) y b) que ese desacuerdo no configura un caso constitucional. La inclusión final de la caracterización de los principios de legalidad y razonabilidad no alcanza la entidad de un agravio concreto referido al caso de autos y que ponga en crisis la decisión de la Sala II.

4. Por último, la accionante se agravia de la valoración de su conducta efectuada por la Cámara al analizar la sanción impuesta por el Gobierno (multa). Destaca que los jueces no consideraron debidamente la inexistencia de una "acti-

tud subjetivamente imputable" a su parte (fs. 479 vta./480) ni la existencia de un "error excusable".

Este agravio tampoco puede recibir acogida favorable. Para que se suscite la competencia del Tribunal en el marco del recurso previsto en el art. 27 de la ley 402, se requiere la invocación de concretos agravios de naturaleza constitucional. Nuevamente la recurrente no demuestra cuál es la garantía o el principio constitucional que la Cámara habría violado en la cuestión de la multa. Y ello me inhibe para entrar en el planteo ensayado por TSA en cuanto a la inexistencia de una actitud subjetivamente imputable a su parte y en cuanto a la existencia de un error excusable.

5. En razón de lo expuesto, voto por rechazar el recurso de inconstitucionalidad obrante a fs. 468/482 vta., con costas a la vencida (art. 62, CCAyT).

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad deducido por la actora debe admitirse formalmente, en tanto fue interpuesto en tiempo hábil, por escrito y contra una sentencia definitiva emitida por el superior tribunal de la causa, cumpliendo así con los requisitos rituales exigidos por los arts. 27 y 28 de la ley 402.

2. La actora, en su recurso, se agravia, por un lado, al sostener que el *a quo* interpretó en forma incorrecta la normativa aplicable al reputar que las ventas realizadas a distintas empresas en el período comprendido entre los años 1992-1998, estaban alcanzadas por el impuesto sobre los ingresos brutos, descartando la exención o la minoración de tarifa al 1,5 % prevista para la actividad industrial por considerarlas ventas a "consumidores finales", en tanto los bienes enajenados no continuaron dentro de la "cadena de comercialización", y, de otro, subsidiariamente, al haber mantenido la sanción de multa aplicada en sede administrativa, desatendiendo sus argumentos sobre la existencia de error excusable de derecho ante la complejidad del encuadramiento de las operaciones, hecho que, desde su perspectiva, se vería corroborado por la existencia de pronunciamientos judiciales favorables a su tesitura como de dictámenes del organismo fiscal en idéntico sentido, lo que descartaba el elemento subjetivo configurativo de la infracción, aún en grado de culpa.

A los fines de incitar la intervención de este Tribunal por vía del recurso de inconstitucionalidad invoca la afectación del *principio de legalidad en materia fiscal* y de *culpabilidad en materia sancionatoria*.

3. Respecto de la afectación del principio de legalidad, o más precisamente, del *principio de reserva de ley en materia tributaria*, en que se centra el primero de los agravios, es menester efectuar algunas precisiones. En primer término, dejar sentado que la interpretación de los preceptos impositivos de esta jurisdicción no habilitan el recurso de inconstitucionalidad previsto en el art. 113, inc. 3º, CCBA y art. 26, inc. 4º de la ley 7, más allá de que tal regla puede ceder sólo cuando el recurrente demuestra en forma acabada y convincente que se ha infringido, al desentrañar

los preceptos en juego, el significado de las reglas que definen el núcleo central del presupuesto de hecho cuya verificación en el campo factual da nacimiento a la obligación de pago de un tributo, genera el derecho a una minoración de la tarifa o de la cuota, o torna procedente la aplicación de una exoneración o beneficio, por hallarse comprometido, en tal supuesto, el *principio de reserva de ley tributaria* (conf. mi voto en la causa: "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Martínez y Lutz S.R.L. c/DGR (resol. 3642-DGR/00) s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR'", expte. nº 2131, sent. del 14/5/2003, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, t. V, pp. 283 y ss.). Es que, únicamente en tal hipótesis de excepción puede habilitarse la competencia de este estrado, ya que, el diseño del recurso de inconstitucionalidad local difiere en su alcance y extensión del recurso extraordinario federal previsto por el art. 14 de la ley 48. Allí, la interpretación misma dada a las normas impositivas nacionales —excluidas las regulaciones de carácter procesal—, configuran un "caso federal" que habilita la intervención de la superior instancia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; mientras que aquí, como regla, la interpretación que se asigne a los preceptos de derecho público local, compete, salvo en el supuesto de arbitrariedad, a los jueces de la causa, más aún, cuando definir, como ocurre en el caso, si las ventas efectuadas por "Tecno Sudamericana S.A." deben encuadrarse como efectuadas o no al "público consumidor" y/o al "consumidor final", demanda lógicamente un doble proceso: por un lado, conceptuar la noción de "público consumidor" o "consumidor final", y por otro, confrontar o subsumir, según la valoración de las probanzas acompañadas y producidas en las actuaciones, el caso singular verificado en el campo fáctico, con la previsión contemplada en la regulación normativa a partir de la significación que se le asigne (conf. mis votos *in re*: "Estudio Beccar Varela c/GCBA [Dirección General de Rentas y Empadronamiento Inmobiliario] s/cobro de pesos s/recurso de inconstitucionalidad concedido y recurso de queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", exptes. nº 1644/02 y nº 1639/02, resolución del 16/10/2002, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, t. IV, pp. 489 y ss., y "Alto Palermo Shopping Argentino S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado" en "Alto Palermo Shopping Argentino S.A. c/GCBA (resol. DGR-3106/00) s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR", expte. nº 2094/03, resolución del 20/3/2003 en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, t. V, pp. 135 y ss.).

La regulación que aquí nos ocupa es una consecuencia directa de las estipulaciones contenidas en el *Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento*, suscripto en la Ciudad de Buenos Aires el 12/8/1993, entre el Presidente de la Nación y los gobernadores provinciales y oponible a las autoridades de esta Ciudad Autónoma, por el cual se propendió a adoptar políticas uniformes que armonizaran y posibilitaran la finalidad común del crecimiento de la economía nacional y la reactivación de las economías regionales, y, en particular, del acto declarativo primero, punto 4º, inc. e), en cuya virtud las jurisdicciones locales debían eximir del impuesto sobre los ingresos brutos a la actividad de "Producción de bienes (industria

manufacturera), excepto, los ingresos por ventas a consumidores finales que tendrá el mismo tratamiento que el sector minorista". Ello así, tal concertación dio lugar a prescripciones con variada redacción al establecerse el beneficio en las veintitrés provincias y en la entonces Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires (conf. mi voto en: "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Vicla S.A. c/DGR (resol. 4412-DGR/00) s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR'", expte. nº 1988, sent. del 2/4/2003, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, t. V, pp. 163 y ss.). A su vez, teniendo en cuenta la ya apuntada finalidad común del crecimiento económico, variadas fueron las interpretaciones que se formularon de la exoneración poniendo el acento, algunas, en la actividad industrial del sujeto, para quien resultaba indiferente quien habría de ser el destinatario final de los bienes, y otras en la restricción de la exención y luego minoración, de las ventas a consumidores finales, todo ello influido, contemporáneamente, por la noción de "consumidor final" elaborada, a otros fines, dentro de la técnica tributaria para el impuesto al valor agregado —de carácter nacional—, con proyección en el modo de facturar según se tratara de operaciones entre responsables inscriptos o a consumidores caracterizados como "finales".

Atento a lo precedentemente expuesto, entiendo que debe considerarse bien concedido, en este aspecto, el recurso de inconstitucionalidad incoado.

4. Sin embargo, al introducirme en el examen concreto de la cuestión traída a este Estrado por la actora, esto es la *afectación del principio de legalidad*, corresponde recordar, en primer término, que durante los períodos fiscales involucrados la normativa vigente no contuvo una definición de "consumidor final", concepto que recién alcanzó recepción en el derecho local al sancionarse la ley 150, correspondiente al texto ordenado para el año 1999 del Código Fiscal, ni tampoco se la puede encontrar, como ya se viera, en las transcripciones realizadas del Pacto Federal de 1993.

De tal manera, más allá de que pueda discutirse el alcance otorgado al concepto de "consumidor final" en la interpretación efectuada en la sentencia del tribunal *a quo*, no cabe descalificarla por apartamiento palmario de la solución normativa tocante a los supuestos ventilados en la presente causa, por cuanto la labor hermenéutica realizada se sostiene, al menos, a través de la significación de los conceptos que nos brinda el lenguaje común, no advirtiéndose, tampoco, una ponderación inadecuada de los extremos de hecho en vista de los presupuestos fácticos acreditados en la causa que permitieron a la Cámara descartar la procedencia en el caso de la exención o minoración, respectivamente, por lo que lo resuelto, más allá de su acierto o error, no puede ser descalificado como acto jurisdiccional válido.

Por lo hasta aquí expresado considero que la recurrente, con su argumentación, tan sólo ha logrado exteriorizar, también razonadamente, una interpretación diversa de las normas de derecho público local aplicables —consiguientemente infraconstitucionales— que, por novedosas y por carecer de una técnica legislativa depurada, impiden definir la cabal intención del legislador en términos de la función extrafiscal asignada a los beneficios que otorga, por lo que su disconformidad, desacuerdo o

discrepancia con la efectuada por el tribunal *a quo*, no alcanza para poner en crisis esta última, hecho el cuestionamiento a partir del principio constitucional de reserva de ley que ha venido agitando en sus agravios la apelante, ni en los términos de la doctrina elaborada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto de las sentencias arbitrarias.

5. Adentrándome ahora en el segundo de los agravios consignados en el recurso, esto es la improcedencia de la multa impuesta en razón de no existir dolo, culpa o negligencia en el obrar de "Tecno Sudamericana S.A.", por cuanto su omisión en el pago del tributo se encontraría justificada por la existencia de error excusable de derecho, creo que le asiste razón a la contribuyente.

En tal sentido, la multa por evasión fiscal —equivalente en el orden federal a la omisión de impuestos— exige de una *conducta culposa o negligente* de parte del contribuyente. La doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema, en forma reiterada y casi sin disidencias, ha entendido que las multas tributarias funcionan esencialmente como penas y no como indemnización ya que se trata de sanciones ejemplificadoras e intimidatorias enderezadas a lograr el acatamiento de los preceptos legales.

En dicho contexto, se ha señalado, una y otra vez, atendiendo al criterio de la *personalidad de la pena*, que es de la esencia de estos ilícitos dar satisfacción a la regla fundamental de que *sólo puede ser reprimido quien sea culpable, es decir, a quien la acción punible pueda ser atribuida tanto objetiva como subjetivamente* —v. *leading case*: "S.A. Parafina del Plata" (*Fallos,* 271:297), sent. del 2/9/1968—. La doctrina fue reiterada en numerosos precedentes, como los recaídos en las causas: "Usandizaga, Perrone y Juliarena S.R.L. v. Dirección General Impositiva" (*Fallos,* 303:1548), sent. del 15/10/1981; "Safrar Sociedad Anónima Franco Argentina de Automotores, Comercial, Industrial y Financiera v. Administración Nacional de Aduanas" (*Fallos,* 311:2779), sent. del 27/12/1988, o "Cosecha Cooperativa de Seguros Limitada v. Provincia de Buenos Aires —Tribunal Fiscal de Apelación" (*Fallos,* 312:149), sent. del 14/2/1989.

Si bien los precedentes indicados en el párrafo anterior se centran, fundamentalmente, respecto de la infracción de defraudación fiscal, tal cual se encontraba tipificada, en cada caso, en la ley 11.683, la legislación aduanera o el Código Fiscal de la Provincia de Buenos Aires, el concepto fluye igualmente mediante el reconocimiento del carácter penal de los "recargos", previstos en el art. 42 de la Ley de Procedimientos Tributarios Nacionales (t.o. 1960) según lo precisara la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re:* "Eduardo Francisco Zielli" —*Fallos,* 271:338—, sent. del 13/9/1968, o de la dispensa de intereses, en tanto se pruebe la ausencia de responsabilidad en la mora del deudor, por no serle imputable, atento a lo decidido por el mismo estrado en: "IKA-Renault SAICyF" —*Fallos,* 304:203—, sent. del 25/2/1982.

Así entonces, descartada una concepción objetivista de las infracciones tributarias, conforme a la cual las mismas se configurarían por la mera consumación de la conducta tipificada por la norma sin atender a las particularidades del caso y el componente subjetivo en el obrar del contribuyente —en este caso sin ponderar

si se ha verificado alguna causal de exculpación como el error excusable—, es abundante la jurisprudencia en virtud de la cual se ha privilegiado la necesaria constatación de la existencia del apuntado componente para dar curso o descartar la aplicación de la pena.

La causal de excusabilidad fundada en el error inculpable para operar como eximente de responsabilidad, como nos lo remarca el profesor argentino Alejandro C. Altamirano requiere, a tenor de una amplia secuencia jurisprudencial, que se configure, entre otros, alguno de estos supuestos: *a)* que la conducta del infractor provenga de la aplicación de normas fiscales de difícil interpretación ("Pianello y Sanguinetti", TFN, sent. del 12/12/1961, *LL,* 108:643; "Banco Sirio Libanés del Río de la Plata", TFN, sent. del 18/12/1962, *Proc. Fiscal,* Errepar, p. 310.002.001; "Frigorífico Los Incas, S.A.", TFN, sent. del 23/12/1965, *Proc. Fiscal*, Errepar, p. 310.002.001; "Braver, Carlos I.", TF La Plata, sent. del 26/12/1978, *Impuestos,* 979-522; "Cía. Swift de la Plata, S. A.", TFN, sent. del 9/4/1962, *Proc. Fiscal,* Errepar, p. 310.002.001); *b)* que se trate de situaciones tributarias complejas ("Molinos Río de la Plata S.A.", TFN, sent. del 1º/9/1961, *Proc. Fiscal,* Errepar, p. 310.002.001; "Fábrica Argentina de Alpargatas, S.A.", TFN, sent. del 11/10/1961, *Proc. Fiscal*, Errepar, p. 310.002.001); *c)* casos de variación en la interpretación de las normas sembrando inseguridad jurídica ("Dalmine Siderca, S.A.", CNCont. Adm. Fed., Sala I, sent. del 7/5/1974, *D.F.,* XXV-1024); *d)* casos de oscuridad de la norma ("Field Construcciones S.A.", TFN, sent. del 21/6/1977, *D.F.,* XXVIII, p. 732) —v. por todos, Altamirano, Alejandro C.: "Panorama del sistema de infracciones y sanciones tributarias en la Argentina", cap. VII: "La culpabilidad en la configuración del ilícito tributario", parág. 4: "El error excusable como causal de eliminación de la subjetividad", *Revista Iberoamericana de Derecho Tributario,* nº 3, septiembre-diciembre de 1996, pp. 561 y ss., Madrid, 1996, en particular pp. 602 y ss.

Sintetizando las manifestaciones del derecho judicial sobre el punto, el académico de Córdoba doctor Héctor B. Villegas señala: "En definitiva, y según puede apreciarse, la jurisprudencia nacional ha admitido como excusables ciertos errores de hecho y también ha aceptado errores referidos al sentido, alcance y aplicación de normas tributarias no penales. En tal sentido, las decisiones judiciales que aluden a oscuridad, confusión o complejidad de la ley, a variaciones susceptibles de producir duda, a interpretación contraria de la doctrina y jurisprudencia, o que aceptan una interpretación errónea pero razonable de ciertas normas específicas tributarias, en definitiva están aceptando como excusable el error de derecho extrapenal" (conf. *Tratado de tributación*, obra de homenaje al cincuentenario de la Asociación Argentina de Estudios Fiscales, t. I, dirigido por el académico García Belsunce, Horacio A.: vol. 2, parte VI: "Derecho tributario penal", parág. 191: "Elemento subjetivo del tipo legal", punto c): "Error excusable", subpunto 4: "Recepción en la jurisprudencia", Astrea, Buenos Aires, 2003, pp. 427 y ss., en particular pp. 472 y 473).

6. A las particularidades constatadas *en la esfera de los hechos* (actividad de fabricación de muebles a pedido que pasaron a revistar como bienes de uso), se

suman en el caso, como ya se viera, los problemas que se suscitan en la *órbita del plexo legal aplicable*, lo que se ha traducido en criterios dispares sobre la interpretación que debía darse al concepto "consumidor final" o "público consumidor" tanto en el campo de la Administración Fiscal local, como en el de la justicia contencioso administrativa y tributaria de la ciudad.

Sobre el particular no puede pasar inadvertido el *dictamen* producido por la Directora General de Investigación y Análisis Fiscal de la Subsecretaría de Recursos y Administración Tributaria del GCBA, Lic. Graciela Rousset, del 22/10/1999, y la elevación conforme por parte del Subsecretario de Recursos y Administración Tributaria de la Secretaría de Hacienda y Finanzas del GCBA, Jorge Sereno (fs. 457/458 del expte. adm. nº 50.662/99), donde se consigna "que las ventas efectuadas por la contribuyente a empresas que incorporan los productos al desarrollo de su propia actividad económica *no constituyen ventas al público consumidor"* y, en consecuencia, "se considera que en este punto le asiste razón a la contribuyente la cual ha expresado su agravio al respecto en su escrito recursivo" (*sic*, el destacado obra en el texto original, v. fs. 457 vta.). Ello apuntado sin perjuicio de que la Procuración General de la Ciudad (v. fs. 459/460 también del expediente administrativo), adoptara un criterio adverso a la contribuyente, el que fue volcado en la resolución 333 de fecha 25/2/2000, por la cual el Secretario de Hacienda y Finanzas decidió desestimar el recurso jerárquico interpuesto por la firma "Tecno Sudamericana S.A.".

Tampoco debe desatenderse que la Cámara *a quo*, que revocó la decisión de primera instancia favorable a la contribuyente, consigna en el voto del vocal preopinante, al que adhirieran los restantes integrantes del cuerpo, que una cuestión sustancialmente análoga a la aquí discutida fue examinada por la Sala *in re*: "Vicla S.A. c/DGR (resol. 4412-DGR/00) s/recurso de apelación contra DGR", expte. nº 36, sent. del 22/8/2002, la que fue anulada por el Tribunal Superior de Justicia, con fecha 2/4/2003, lo que originó que la otra Sala de la Cámara dictara un nuevo fallo con una "línea interpretativa cuyas pautas de análisis —por fundamentales razones de economía procesal— habrán de seguirse en el particular". Esto es, la Cámara que intervino en la presente causa afirmó un criterio interpretativo en "una cuestión sustancialmente análoga a la que aquí se discute", semejante al que vino adoptando y defendiendo la contribuyente hasta la revocación del pronunciamiento de primera instancia. Ello así, lo resuelto sobre el error excusable para la dispensa de la multa no se compadece con el precedente de la propia Sala, más cuando en este particular aspecto se remata la fundamentación del decisorio atacado señalando: "que no se ha configurado en el *sub lite* circunstancias que permitan sostener razonablemente que la omisión en la integración del tributo se debió a la existencia de una interpretación dudosa u oscura que indujera al contribuyente a equivocarse en la recta lectura y aplicación de la norma", con cita, en este caso, del precedente de la otra Sala en el reenvío para volver a fallar efectuado por el Tribunal Superior de Justicia en la apuntada causa "Vicla S.A." (conf. 462/465, en particular fs. 463 y 465 vta.).

El prevenir que se varía la interpretación sobre el tratamiento fiscal de los ingresos involucrados en este caso, por *razones de economía procesal*, importa tanto como conservar *in pectore* el criterio originariamente sustentado por la Sala en otra sentencia, que bien podría haber favorecido la pretensión de la contribuyente, lo no se compadece, desde el punto estricto de la lógica, con *descartar la existencia de duda u oscuridad para la recta lectura de la norma.* La actitud asumida de ser inflexible con el obligado tributario, sin hacerse cargo de los propios precedentes, representa un comportamiento que se desentiende de la doctrina de los propios actos —*venire contra factum proprium non valet*—, ya que los jueces deben ser consecuentes y no incurrir en un obrar contradictorio en aras de la confianza y de la seguridad jurídica (conf. Eisner, Isidoro: "La doctrina de los propios actos compete también al obrar del tribunal", *LL*, 1997-C, p. 820).

Se observa, entonces, de parte de la Administración fiscal, como de la última instancia judicial de mérito, una marcada inconsistencia, por cuanto en sucesivas secuencias, y frente a una regulación novedosa y poco precisa en su formulación técnica, como la que aquí está en juego, el concepto fue objeto de encontradas interpretaciones en el ámbito con competencia técnica específica para hacer aplicación de ella (esfera administrativa tributaria y judicial contencioso-administrativa y tributaria), mientras que para quienes transitan por la otra vereda, esto es los contribuyentes, se exige que asuman el rol de pronosticadores o mentalistas infalibles, no ya sobre lo que dirán los magistrados, sino sobre lo que se expresará al cierre de la controversia luego de recorridas todas las secuencias de mérito y extraordinarias de excepción que puedan llegar a habilitarse, incluso, en su caso, los estrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de conocer por apelación sobre los contenidos del Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento del año 1993, conforme a las matizaciones jurisprudenciales que se advierten en las causas: "Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGUEERA) v. Provincia de Buenos Aires y otro" —*Fallos,* 322:1781—, sent. del 18/8/1999 y "Matadero y Frigorífico Merlo S.A. v. Provincia de Buenos Aires" —*Fallos,* 327:1789—, sent. del 27/5/2007, sin considerar, con razonable elasticidad, a los efectos de la caracterización del elemento subjetivo del ilícito tributario, la posibilidad de excusación por error de derecho frente a diversas interpretaciones posibles de las normas en juego, incluso recogidas en la esfera de los poderes públicos.

7. En las condiciones expuestas, entiendo que en punto a los agravios fundados en la violación al *principio de reserva de ley tributaria*, si bien el recurso fue bien concedido, el mismo *no puede prosperar y corresponde su rechazo*.

A su vez en lo tocante a la *vulneración al principio de culpabilidad* en materia de sanciones tributarias y a la dispensa de multa por la acreditación de la eximente de error de derecho excusable, *propicio acoger el recurso* revocando parcialmente la sentencia.

Atento a la forma en que me pronuncio, y por existir vencimientos recíprocos, propicio que las costas de esta instancia deben imponerse en el orden causado (art. 65, CCAyT).

Así lo voto.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* mal concedido el recurso de inconstitucionalidad planteado por Tecno Sudamericana S.A., con costas.

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

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

L

"GIACOMETTO, MIGUEL LEONARDO S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'GIACOMETTO, MIGUEL LEONARDO C/GCBA S/REVISIÓN CESANTÍAS O EXONERACIÓN DE EMPL. PÚBL.'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Empleo público. Estabilidad. Cesantía. Arbitrariedad de sentencia.

SUMARIOS:

1. Por vía del recurso de inconstitucionalidad se pueden examinar cuestiones de hecho y prueba siempre que ellas estén conectadas con una cuestión constitucional, circunstancia que intenta sin éxito el recurrente, toda vez que no logra demostrar esa clase de ligadura. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

2. Es un requisito mínimo para la concesión del recurso de queja, que contenga, básicamente, una crítica concreta y razonada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

3. La decisión de la Cámara de denegar el recurso de inconstitucionalidad fue correcta, en tanto se advierte que los cuestionamientos esgrimidos no se dirigen a rebatir el fundamento básico por el cual el Tribunal *a quo* no hizo lugar al recurso de revisión interpuesto contra el acto administrativo que dispuso la cesantía del actor. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

4. El contenido del recurso de inconstitucionalidad, así como el del recurso de hecho que pretende abrir la instancia, no pasan de constituir una reiterativa enumeración de cuestiones de hecho, prueba y derecho público común (infraconstitucional) local, que es la materia sustancial de esta litis. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

Expte. nº 5488/07 - 26/3/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Miguel Leonardo Giacometto promovió recurso de revisión contra el GCBA a fin de que se deje sin efecto la resol. 1466-SHyF/04, se declare la nulidad de la disposición 381-DGRH/02 y, en consecuencia, se lo reincorpore a su puesto de trabajo.

2. Indica el actor que en el año 2002 prestaba servicios regularmente en el Registro de Necesidades Operativas, dependiente de la Dirección de Recursos Humanos. Expone que el día 29/1/2002 no pudo concurrir a su lugar de trabajo por sufrir depresión. Describe que sufría tal patología "desde hacía mucho tiempo" y que tal circunstancia se encuentra debidamente acreditada por medio de los correspondientes certificados expedidos por un profesional médico del Hospital Durand. Por estas razones, relata Giacometto, solicitó licencia médica por medio del correspondiente formulario de fecha 29/1/2002. Según el actor su estado de salud se deterioró por motivos ajenos al ámbito laboral: dice haber sido víctima de un robo el 23/2/2002. La Dirección de Medicina del Trabajo del GCBA atendió al actor y consideró que no se debían justificar sus inasistencias y que no era viable la solicitud del actor de reintegrarse paulatinamente a sus tareas habituales, lo que quedó plasmado en el informe nº 101.824-DGRH-DMT/02 del cual fue notificado el actor el día 16/7/2002. Con fecha 13/9/2002 se dictó la disposición 381-DGRH/02 por la cual no se hizo lugar a los descargos efectuados por Giacometto y contra la cual éste dirigió un recurso de reconsideración y jerárquico en subsidio. El recurso de reconsideración fue desestimado por disposición 442-DGRH/02 y el jerárquico también por la resol. 760-SHyF/03 del 18/3/2003. Según el actor, contra esta última resolución interpuso el 11/7/2003 recurso jerárquico que fue desestimado a través de la resol. 1466-SHyF/04 que, además, dispuso la cesantía del agente de conformidad con lo prescripto por los arts. 48, inc. b) y 51, inc. c), de la ley 471, por no haber justificado las inasistencias de los días 29/1/2002 al 7/8/2002, 15/8/2002, 20/8/2002 al 27/8/2002 y 29/8/2002.

3. En lo sustancial, el actor manifiesta que los actos administrativos que dispusieron el rechazo de sus peticiones y determinaron su cese, no tuvieron en cuenta la documentación médica oportunamente presentada por el actor y en la que se daba

cuenta de su patología. Afirma el actor que "durante los días correspondientes a mis inasistencias consideradas injustificadas, me encontraba enfermo sin poder concurrir a mi lugar de trabajo, tal cual consta en los certificados médicos presentados...".

4. Surge de las constancias del presente recurso directo y de la sentencia dictada por la Sala II de la Cámara CAyT el día 29/2/2007, que el planteo del actor fue sustanciado con intervención del GCBA. Este último expresó que el actor ingresó del 18/6/1986 como auxiliar de enfermería en el Hospital Santojani. Fue transferido por disposición 21-DGARH/96, a partir del 18/12/1995 al denominado Registro de Necesidades Operativas. Indica la demandada que en el nuevo destino el agente no debía cumplir tarea alguna, permaneciendo a disponibilidad para ser destinado a futuras tareas, con la única carga de concurrir para registrar su asistencia y percibiendo la totalidad de la remuneración. Sostuvo el Gobierno que el demandante incurrió en reiteradas e injustificadas inasistencias y detalla varias de ellas ocurridas desde el año 2000. Asimismo, señala que el actor contaba con varios días de suspensión debido a sus inasistencias. Finalmente, debido a las inasistencias ocurridas durante el año 2002 (desde el 29 de enero hasta el 6 de marzo de ese año) se dispuso su cesantía por disposición 760-SHyF/03 con fundamento en el art. 48, inc. b) y 51, inc. c) de la ley 471 y en que la conducta del actor configuró la falta administrativa prevista en el art. 48 de la mencionada ley, por el cual constituye causal de cesantía las inasistencias por quince días discontinuos en el año, habiendo Giacometto incurrido en 136 faltas injustificadas discontinuas durante el año 2002.

5. En su decisión del 29/2/2007, la Sala II de la Cámara CAyT consideró la prueba producida en esa instancia y entendió que la falta por la cual fue sancionado Giacometto era evidente (considerando 8) y que, por lo tanto, la resolución que dispuso la cesantía de éste no era arbitraria. En consecuencia, y por unanimidad, el tribunal superior de la causa debió confirmar el acto objeto de recurso, con costas al vencido.

6. Por sentencia interlocutoria del día 11/9/2007 y previa sustanciación, el tribunal superior de la causa rechazó el recurso de inconstitucionalidad que el actor interpuso contra la sentencia definitiva. Contra aquella decisión interlocutoria el actor dedujo el presente recurso directo.

El Ministerio Público propició el rechazo del recurso de queja.

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de queja fue interpuesto en tiempo. En razón de que por está vía impugnativa el actor discute la afirmación realizada por el tribunal superior de la causa en la decisión interlocutoria que consideró que el recurso de inconstitucionalidad no plantea un genuino caso constitucional, no queda otro camino que aceptar formalmente la queja pues la cuestión central en ella afirmada sólo puede ser despejada incursionando en el territorio del recurso de inconstitucionalidad, en donde el actor también tacha de arbitraria la sentencia definitiva impugnada.

2. En consecuencia, por resultar procedente la queja, corresponde examinar la fundabilidad del recurso de inconstitucionalidad.

3. Anticipo que el remedio extraordinario local previsto en el art. 27 de la ley 402 no puede prosperar.

4. Por vía del recurso de inconstitucionalidad se pueden examinar cuestiones de hecho y prueba siempre que ellas estén conectadas con una cuestión constitucional. Entiendo que eso es lo que intenta sin éxito el recurrente, toda vez que no logra demostrar esa clase de ligadura. En efecto, está fuera de discusión que en todo este proceso está en juego la garantía de estabilidad en el empleo público, dado que se trata de una cesantía. Sin embargo, de ello no se sigue "un caso constitucional" a menos que, con anterioridad al proceso, durante su desarrollo o en ocasión de su decisión esa garantía haya sido lesionada y el afectado demuestre esa circunstancia y la actualidad de la afectación. Nada de eso ocurre. El actor se limita a reeditar los argumentos de su escrito inicial y a sostener que la Cámara no analizó las pruebas y defensas articuladas. Sin embargo, sus afirmaciones son erradas. La lectura de las constancias del expediente y, en especial, de la sentencia definitiva revela que el tribunal superior de la causa sí tuvo en cuenta la prueba y las defensas esgrimidas. El examen de los considerandos de la decisión cuestionada permite constatar que se apreció la documentación obrante en el expte. nº 60.634/2002 en lo sustancial (considerando nº 7, puntos a, b, c, d, e, f, g, y h, de la sentencia mencionada) para concluir que la "falta es evidente" y que, por lo tanto, la cesantía no resultaba arbitraria.

5. El recurrente, además, introduce en su recurso argumentos no esgrimidos en la instancia anterior como es el de que se debió convocar a una junta médica. Pero el tema es otro: la no justificación de las inasistencias. El acto originalmente cuestionado se motiva y funda en esa causa. En este punto, no hay elementos que indiquen que las apreciaciones del tribunal cuya decisión se objeta resulten erradas o arbitrarias. Al contrario, se sustentan en prueba documental no desconocida. Tampoco se percibe cuál es el caso constitucional pues aquí no se trata de saber por qué no se siguió el procedimiento del art. 21 de la ley 471, sino si las inasistencias —debidamente comprobadas— fueron o no justificadas. Y no lo fueron. Así, basta como ejemplo decir aquí que algunas de las excusas que dio el actor en sede administrativa para justificar sus inasistencias consistieron en alegar "que no tenía plata para viajar", excusa que a mi leal saber entender no es médica, sino económica y, por lo tanto, se asientan sobre una plataforma fáctica —por cierto endeble— ajena a la que propone como justificación el recurrente.

6. En definitiva, considero que el recurso de inconstitucionalidad es improcedente. Así voto. Costas al actor.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. El recurso de queja ha sido interpuesto en tiempo y forma debida (art. 33, LPTSJ). 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 (conf. el Tribunal *in re* "Guglielmone, María Dolores s/art. 74, CC s/recurso de queja", expte. nº 291/00, resolución del 22/3/2000; "Góngora Martínez, Omar Jorge s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Góngora Martínez, Omar Jorge c/Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 3264/04 y sus citas, resolución del 23/2/2005).

3. Es de recordar que el nudo de la controversia relativa a la cesantía impuesta al señor Giacometto no es despejar la cuestión acerca del efectivo padecimiento de una patología depresiva por su parte sino la no justificación de las determinadas inasistencias que han motivado la sanción expulsiva. Así, los argumentos esgrimidos tanto en el recurso de inconstitucionalidad como en la queja relativos al no tratamiento por la Cámara de la prueba pericial son insustanciales y carecen de entidad para conmover la sentencia de fs. 205/208, que se exhibe como una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las constancias comprobadas de la causa necesarias al objeto del pleito.

4. 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. nº 3264/04, resolución del 23/2/2005). 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.

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

5. La insuficiencia señalada no puede ser sorteada por medio de la invocación de arbitrariedad en la sentencia apelada, ya que en el caso se trata de una apreciación puramente genérica de la recurrente, donde el supuesto agravio de carácter constitucional es mencionado sin fundamentación suficiente, pues es innegable que la Cámara efectuó una interpretación razonable y fundada sobre la

situación fáctica del caso, las pruebas obrantes en autos y la aplicación de normas infraconstitucionales.

Que la parte recurrente discrepe con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que la sentencia devenga infundada y, por ende, arbitraria (conf. *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, t. I, pp. 282 y ss., en: "Federación Argentina de Box c/GCBA s/acción de inconstitucionalidad", expte. nº 49/99, resolución del 25/8/99 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).

6. Por todo ello, voto por rechazar el recurso de queja interpuesto por la demandada.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Por los fundamentos dados por la doctora Ana María Conde y la jueza de trámite, doctora Alicia E. C. Ruiz, en los puntos 4 y 5 de su voto, que muestran, acabadamente, la ausencia de un caso constitucional debatido en autos; voto por rechazar la queja deducida a fs. 1/22.

El juez José O. Casás dijo:

El recurso de queja incoado a fs. 1/22 no puede prosperar pues, tal como lo destacan mis colegas preopinantes, la parte actora no ha logrado plantear un caso constitucional en los términos del art. 113, inc. 3º, de la CCBA.

La decisión de la Cámara de denegar el recurso de inconstitucionalidad fue correcta, en tanto se advierte que los cuestionamientos esgrimidos no se dirigen a rebatir el fundamento básico por el cual el Tribunal *a quo* no hizo lugar al recurso de revisión interpuesto contra el acto administrativo que dispuso la cesantía del actor —la comprobada falta de justificación de las inasistencias en las que incurrió—. Por el contrario, los desarrollos de la pieza recursiva se limitan a expresar la disconformidad con lo resuelto y a efectuar planteos que no guardan estrecha relación con lo efectivamente decidido (p. ej., aquellos agravios vinculados al supuesto incumplimiento del procedimiento establecido en el art. 21 de la ley 471 y los relativos a la valoración de la prueba que, a su criterio, daría cuenta de la afección psiquiátrica padecida). La apuntada circunstancia priva al recurso de una adecuada fundamentación que permita su tratamiento en esta instancia de excepción.

Al mismo tiempo, resulta oportuno recordar 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/ GCBA s/acción de inconstitucionalidad", expte. nº 49/99, resolución del 25/8/1999, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. I, pp. 282 y ss., entre muchos otros].

En virtud de las consideraciones expuestas, concordantemente con lo dictaminado por el señor Fiscal General Adjunto (fs. 29/31 vta.), entiendo que corresponde rechazar el recurso de queja interpuesto por el señor Miguel Leonardo Giacometto.

Así lo voto.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Coincido con el voto de la señora jueza de trámite y de la señora jueza Conde en el contenido fundamental que informa el rechazo de los recursos interpuestos. Como mis distinguidas colegas lo informan, la queja fue interpuesta en tiempo propio y de modo oportuno; empero, el recurso de hecho no puede prosperar; la referencia ritual a derechos o principios constitucionales, si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento, es insuficiente, ya que si bastara la simple invocación de un derecho o garantía de raigambre constitucional este Tribunal se vería convertido, de ordinario, en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad (conf. el Tribunal *in re* "Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja", expte. nº 131/99, sent. del 23/2/2000).

2. En efecto, el contenido del recurso de inconstitucionalidad, así como el del recurso de hecho que pretende abrir la instancia, no pasan de constituir una reiterativa enumeración de cuestiones de hecho, prueba y derecho público común (infraconstitucional) local, que es la materia sustancial de esta litis. Por su intermedio se cuestiona la cesantía impuesta al recurrente con fundamento fáctico en sus numerosas e injustificadas inasistencias a su lugar de trabajo, aunque aquél pretenda desviar la atención dirigiéndola a un problema de salud que lo afecta pero que no fue considerado para aplicar la sanción. Como tampoco la particular interpretación que el recurrente sostiene con relación a la aplicación al caso del art. 21 de la ley 471, sobre licencias médicas. Se aprecia entonces que los tópicos argüidos son de eminente carácter infraconstitucional, a cuyo respecto cabe hacer remisión a los votos de las juezas del TSJBA, antes citadas, para coincidir con el tratamiento que dispensaron al recurso.

3. Por lo demás, no conmueve al decisorio impugnado su supuesta arbitrariedad. Como lo señalé múltiplemente yo sostengo una posición particularmente estricta con respecto a la "arbitrariedad" como motivo de procedencia del recurso intentado (conf. mis votos en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]'" expte. nº 3565/04, resolución del 26/5/2005 y "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Lococo, Marcela c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]'" expte. nº 3792/05, resolución del 29/6/2005). No obstante ello, debe señalarse que los recursos no pasan de ser la exposición de discrepancias —sin origen constitucional— con relación a la valoración de prueba, la fijación de los hechos y la interpretación de reglas de derecho infraconstitucionales que establece la sentencia impugnada, con lo cual se torna inaplicable un

remedio extraordinario, como es el motivo de *arbitrariedad*, aun para la opinión hermenéutica más difundida, acogida por el TSJBA.

4. La falta o inexistencia de un caso constitucional verdadero —que excite válidamente la competencia del Tribunal—, fundado y no tan sólo mencionado por el recurrente, provoca, a mi juicio, el rechazo de la queja, pero ante la disidencia al respecto de los votos previos a los que me adhiero, advierto que ello significa, también, rechazar *definitivamente* el recurso de inconstitucionalidad interpuesto. En mi opinión, la queja o el recurso de hecho no representa otro significado que un requerimiento de que el tribunal competente se avoque al conocimiento definitivo de la procedencia del recurso, ello frente al mecanismo de nuestras leyes procesales que, de ordinario, requieren la opinión provisional del tribunal que dictó la sentencia recurrida; en otros órdenes jurídico-procesales o bien esa decisión provisional no existe o existe tan sólo limitadamente a algunos aspectos del recurso (tiempo y forma: ver, entre nosotros, CPP, Pcia. de Buenos Aires, recurso de casación).

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el señor Fiscal General Adjunto y, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja planteada por Miguel Leonardo Giacometto.

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

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

LI

"CITIBANK N.A. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'CITIBANK N.A. C/GCBA S/OTRAS CAUSAS CON TRÁMITE DIRECTO ANTE LA CÁMARA DE APEL.'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Caso constitucional. Defensa del Consumidor. Banco. Giro en descubierto sin consentimiento del titular de la cuenta.

SUMARIOS:

1. El recurso de queja debe ser rechazado si no articular debidamente un caso constitucional. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde, José O. Casás y Julio B. J. Maier).*

2. Las expresiones genéricas de desacuerdo formuladas por la quejosa reiteran las manifestaciones que ya incluyera en el recurso de inconstitucionalidad y

solo enuncian una opinión contraria a la emitida por la Sala lo que no alcanza, por la insuficiencia con que han sido planteadas, a poner en crisis los argumentos que fundan la resolución denegatoria. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 5483/07 - 26/3/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1.a) El señor Gustavo Losada denunció ante la Dirección de Defensa del Consumidor a Citibank N.A. por haberle debitado de su cuenta $ 48,47 en concepto de giro en descubierto, débito que se produjo sin su consentimiento y por un cargo que, sostuvo, no fue convenido entres las partes contratantes (fs. 2/3). Citibank compareció al procedimiento (fs. 12 y 26).

b) La Administración imputó al banco la afectación de los arts. 4º, 19 y 37 de la ley 24.240, denominada Ley de Defensa del Consumidor (fs. 27). Sostuvo que a) no brindó al denunciante la información que era exigible en relación con el cargo "comisión acuerdos en pesos" y su monto (art. 4º); b) no ejecutó el contrato de acuerdo a lo convenido, al debitar la suma correspondiente al cargo indicado en el punto anterior (art. 19); y c) la cláusula inserta en el punto "II. Condiciones Generales. 3. Débitos" del contrato resultaba abusiva (art. 37).

c) Citibank efectuó su descargo (fs. 65/71). Afirmó que el cargo se encontraba pactado (punto IV. Acuerdo de sobregiro, 4 Arancel), que el contrato se ejecutó de acuerdo a lo pactado y que el actor no denunció ninguna cláusula del contrato por abusiva. En suma, sostuvo que no existió de su parte infracción alguna de la Ley de Defensa del Consumidor y solicitó que se desestime la denuncia.

d) Por Disposición 3597-DGDYPC/05, el Director General de Defensa y Protección del Consumidor impuso a Citibank la sanción de multa de $ 7.000 (art. 1º) y ordenó su publicación en el diario *Ámbito Financiero* (art. 4º) por encontrarla responsable de la infracción a los arts. 4º y 37 de la ley 24.240. También sobreseyó a la entidad bancaria de la imputación referida al art. 19, LDC.

2. Citibank demandó judicialmente la nulidad de la resolución (fs. 85/94). La actora sostuvo que respecto de la presunta infracción al art. 4º, LDC, que cumplió con la obligación de informar impuesta por la ley, a lo largo de toda la relación contractual. Expresó que el cargo "comisión de acuerdo en pesos" fue tácitamente aceptado por el denunciante, de acuerdo con la normativa del Banco Central de la República Argentina que regula la conformidad de los movimientos registrados en las cuentas.

En cuanto a la infracción al art. 37, el actor planteó que el acto no establece, concretamente, cuál de las estipulaciones de la cláusula restringiría abusivamente los derechos del cuentacorrentista. Destacó que el denunciante prestó conformidad a las disposiciones del contrato y que la cláusula descalificada por la autoridad administrativa —por la que se le impuso la sanción— carece de vinculación con el objeto denunciado por el señor Losada. Refutó, además, lo expresado en la disposición administrativa al señalar que mediante los resúmenes de cuenta el denunciante contaba con la información suficiente para efectuar el control de su cuenta; a punto tal que pudo formular la denuncia que dio lugar a la actuación administrativa. Subsidiariamente, solicitó la reducción del monto de la pena aplicada por considerarla excesiva y desproporcionada.

3. El GCBA contestó la demanda y solicitó su rechazo (fs. 108/110).

4. La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario resolvió "*I.* Rechazar el recurso interpuesto por la actora, y confirmar —en consecuencia— la disposición 3597-DGDYPC/05 del señor Director General de Defensa y Protección al Consumidor del GCBA. *II.* Las costas deben ser impuestas a la vencida..." (fs. 116/119 vta.).

En sus fundamentos destacó el carácter tuitivo del consumidor de la normativa constitucional y legal aplicable, resaltó el valor de la adecuada información que debe brindarse al consumidor o usuario en razón de la desigualdad evidente de conocimientos que tiene respecto del proveedor de los bienes o servicios; y la vigencia de esos deberes tanto en la celebración como en la ejecución del contrato. En cuanto a la infracción imputada a Citibank, la sentencia consideró que "el costo del servicio es un elemento fundamental a la hora de tomar decisiones" y que la expresión "Citibank percibirá arancel semestral por el servicio de reserva de fondos" inserta en el contrato "no sólo no determina el precio sino que además tampoco contiene elementos que lleven a la determinabilidad del precio".

La Sala también admitió las facultades de la Administración para comprobar otros hechos, distintos del denunciado, que pudieran afectar disposiciones de la LDC, siempre que se respete la garantía de defensa de quien resulta investigado. Consideró que la administración no estaba limitada a los hechos y pruebas ofrecidas por las partes y que pudo dilucidar si otros hechos afectaron los deberes contractuales —de orden público— que le impone la ley 24.240 al actor, teniendo en cuenta que tuvo oportunidad de defenderse de ello produciendo su descargo en sede administrativa y en la demanda planteada. Sostuvo que la condición general 3º "traslada al denunciante una tarea de seguimiento que no le es propia dado su condición de consumidor. La cláusula no otorga parámetros claros y explícitos en relación a débitos que se le van a efectuar al denunciante (...) la cláusula aludida desnaturaliza las obligaciones a cargo de las partes en tanto traslada cuestiones que normalmente deben estar a cargo del banco hacia la esfera del consumidor...", lo que configura la infracción al art. 37 de la LDC y su norma reglamentaria (dec. 1798/94).

Finalmente, descartó el carácter excesivo y desproporcionado de la sanción aplicada.

5. Citibank interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 128/134). Sostuvo que la sentencia lesiona los arts. 10, 12, incs. 5º y 6º, 13, inc. 3º y 46 de la CCBA y las garantías del debido proceso, de la defensa en juicio y de inviolabilidad de la propiedad establecida en los arts. 17 y 18 de la C.N.

Afirmó que el acto administrativo "debió circunscribir su ámbito de conocimiento a los 'hechos del caso, y en consecuencia a su encuadre jurídico' y no en un hecho que ha sido de consideración oficiosa de la Dirección y que no mantiene ninguna relación con el objeto del reclamo del señor Losada" y que ello "pone en evidencia la afectación del derecho de defensa de mi parte".

Expresó agravios, también, *a)* en relación a la restricción de los derechos del denunciante por aplicación de la cláusula 3ª del contrato, que afirma en la sentencia, negando que ella existiera; *b)* en cuanto a la imputación de trasladar al consumidor la tarea de seguimiento de la cuenta que correspondería al banco, considerándola incorrecta; *c)* sobre el alcance del art. 46, CCBA, que no puede "traducirse en una excepción legal de cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas respecto de terceros". Sostuvo que esas afirmaciones de la sentencia "violentan claramente el principio de imparcialidad (art. 12, inc. 3º de la CCBA)" [*rectius*: art. 13, inc. 3º], la garantía del debido proceso, y el derecho adquirido por Citibank mediante el contrato.

Retomó la cuestión referida al derecho de defensa que consideró vulnerado, en relación con la sanción por infracción al art. 4º, LDC, al desechar la Cámara "la demostración resultante de la aceptación por el denunciante al suscribir la solicitud contractual, de la cláusula que expresamente así lo preveía, lo que descarta la alegada falta de información".

Se agravió, igualmente, por considerar que la sentencia es arbitraria.

6. El GCBA contestó el recurso y solicitó su rechazo (fs. 137/140).

7. La Sala II no concedió el recurso (fs. 150/152) por considerar que "los argumentos expuestos para fundar el recurso interpuesto aparecen como genéricos, no resultando de ellos que se logre demostrar y conformar, en forma precisa y detallada, un efectivo caso constitucional...".

8. Citibank planteó ante el Tribunal el recurso de hecho, contra la denegatoria de la Cámara (fs. 156/164 vta.). El Fiscal General, en su dictamen, propició que se rechace la queja impetrada (fs. 178/182).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. La queja planteada por Citibank debe ser rechazada. Como se afirma en el dictamen fiscal, ni en ella ni en el recurso de inconstitucionalidad que le precede, la parte ha logrado articular debidamente un caso constitucional.

2. La lectura del recurso permite sostener que el agravio principal del actor está dado por la introducción en la investigación que efectuara la Administración de un hecho (la existencia de una cláusula abusiva) no planteado por el denunciante. Pretende que ello afecta la garantía del debido proceso, el derecho de defensa y, finalmente, su derecho de propiedad —por la doble vía de: *a)* privar al contrato de una estipulación y *b)* fundar la imposición de una pena pecuniaria.

Sin embargo, el escrito no contiene una crítica detallada y suficiente de los fundamentos expresados por la Sala para tener por válido lo actuado por la Administración. Ello era especialmente exigible cuando, como en el caso, el hecho por el que fue condenada, lejos de haber sido simplemente introducido por el juez administrativo, lo fue por la entidad hoy recurrente, aunque a requerimiento de aquél, quien, a su turno, se limitó a encuadrar ese hecho en una figura infraccional distinta a la mencionada en la denuncia del particular damnificado, sin que la recurrente haya mostrado que ello entorpeció su defensa. Cualquiera que sea el acierto o error de lo decidido, el *a quo* interpretó la LDC en conjunto con las disposiciones de carácter local que regulan la actuación administrativa (LPACABA), para concluir en la existencia de un deber de investigar de la Administración que puede ir más allá del hecho denunciado, y señaló los límites —vinculados con el derecho de defensa— a los que debe sujetarse esa actuación (art. 7º, LPA); para concluir en la regularidad de la actuación sancionatoria. El recurso no contiene una crítica dirigida a desvirtuar el eje argumental de la Cámara, y por ello resulta infundado a este respecto.

3. Las restantes referencias que se efectúan en el escrito a principios constitucionales no se vinculan directamente con las cuestiones debatidas y decididas en la causa.

Así, la denuncia de afectación del principio de imparcialidad (y con él, del debido proceso) que el recurrente pretende sostener en los fundamentos adversos a la posición de su parte que expresa la Cámara para rechazar el recurso directo, constituye sólo un argumento retórico que no logra demostrar vicio alguno en el comportamiento de los magistrados que intervinieron en la sentencia apelada. Por el contrario, la amplitud de defensa concedida a Citibank mediante la providencia de fs. 96 pone en evidencia el carácter imparcial de la intervención de los jueces en el proceso.

De igual forma, cualquiera que fuera la valoración de lo decidido por la Cámara en relación con el alcance del consentimiento del señor Losada expresado en la firma del contrato, no puede sustentarse en ello un planteo constitucional vinculado con la afectación del derecho de defensa de su parte.

Tampoco traducen cuestiones constitucionales los planteos referidos a la hermenéutica del contrato y de la legislación de defensa del consumidor.

La referencia efectuada al art. 46, CCBA, y a la imposibilidad de fundar en él un supuesto incumplimiento de obligaciones contractuales carece de un desarrollo suficiente que demuestre argumentalmente la conclusión que afirma.

4. Finalmente, la tacha de *arbitrariedad* no ha logrado demostrar los defectos de fundamentación o logicidad en el fallo atacado que el recurrente pregona. La decisión exhibe un razonamiento coherente y suficiente de las cuestiones tratadas, y no ha omitido considerar aspectos relevantes para la decisión del caso, por lo que no puede ser descalificado sobre la base de tal doctrina.

Por las razones expuestas, voto por rechazar el recurso de queja planteado por Citibank.

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

Adherimos al voto de nuestro colega, el juez Luis F. Lozano.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

La presentación directa de fs. 156/164 vta., deducida oportunamente por Citibank, no puede ser admitida toda vez que no cumple de manera adecuada con la carga de fundamentación prescripta por el art. 33 de la ley 402.

En múltiples precedentes he sostenido que la queja debe contener una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad (conf. TSJBA *in re* "Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa 665-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. 865, resolución del 9/4/2001). El escrito de fs. 156/164 —donde la quejosa reproduce las consideraciones que ya expusiera en el recurso denegado— no satisface las condiciones indicadas. Las expresiones genéricas de desacuerdo formuladas a fs. 160 vta./163 vta. reiteran —insisto— las manifestaciones que el quejoso incluyera en el recurso de inconstitucionalidad— y sólo enuncian una opinión contraria a la emitida por la Sala II lo que no alcanza, por la insuficiencia con que han sido planteadas, a poner en crisis los argumentos que fundan la resolución denegatoria.

Por ello, voto rechazar la queja interpuesta a fs. 156/164 vta.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el señor Fiscal General,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja planteada por Citibank N. A.

2º. *Dar* por perdido el depósito de fs. 155.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique 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.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier.*

LII

"SERVIPARK S.A. C/GCBA S/CONTRATO DE OBRA PÚBLICA S/RECURSO DE APELACIÓN ORDINARIO CONCEDIDO" Y SUS ACUMULADOS EXPTE. Nº 4905/06 "INCO CONSTRUCCIONES S.A. S/QUEJA POR RECURSO DE APELACIÓN DENEGADO EN 'INCO CONSTRUCCIONES S.A. C/GCBA S/CONTRATO DE OBRA PÚBLICA'" Y EXPTE. Nº 4906/06 "INCO CONSTRUCCIONES S.A. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'INCO CONSTRUCCIONES S.A. C/GCBA S/CONTRATO DE OBRA PÚBLICA'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Requisitos.
Acordada 4/07, CSJN. Cuestión federal. Arbitrariedad de sentencia.

SUMARIOS:

1. La admisibilidad del recurso extraordinario por arbitrariedad es estricta pues no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia, ni corregir fallos equivocados, sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la sentencia fundada en ley a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhieren los señores jueces Luis F. Lozano, José O. Casás y Ana María Conde).*

Expte. nº 4895/06 - 26/3/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Servipark S.A. interpuso recurso extraordinario federal (fs. 1607/1620) contra la sentencia del Tribunal (fs. 1535/1582) que rechazó la queja planteada por ella ante esta instancia.

El GCBA contestó el traslado del recurso y se opuso a su concesión y procedencia (fs. 1624/1630).

FUNDAMENTOS:

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. No obstante haber cumplido Servipark S.A. con los requisitos formales exigidos, el recurso extraordinario federal deducido no es admisible: no plantea una cuestión federal que habilite la instancia extraordinaria de la CSJN.

2. En la carátula exigida por el art. 2º del reglamento aprobado por Acordada 4/07 de la CSJN, la parte actora señala que las cuestiones planteadas se vinculan con

la interpretación de la ley 19.549, la teoría de los actos propios y a la no aplicación de la Ordenanza Municipal nº 45.627.

Al desarrollar los agravios, la recurrente se refiere a la errónea interpretación de esa ordenanza (fs. 1613 y vta.), a la exigencias que derivarían del art. 17 de la ley 19.549 (fs. 1613 vta./1614), a la errónea referencia al art. 1046 del Cód. Civil (fs. 1614), a la aplicación de la doctrina de la subsanación en juicio de lo actuado en el procedimiento administrativo (fs. 1614 y vta.), a la ponderación que la sentencia efectúa de las conductas de las partes de cara a la doctrina de los actos propios (fs. 1614 vta./1615), y a la pertinencia de los fallos de la CSJN citados (fs. 1615/1618).

La mera enunciación de las cuestiones pone de manifiesto —y el examen del memorial lo confirma— que el recurso pretende someter a consideración de la CSJN la decisión respecto de: *a)* la interpretación de reglas de procedimiento no federales, en tanto la ley 19.549, fue aplicada como legislación local en el ámbito de la ex Municipalidad de Buenos Aires, *b)* disposiciones del Código Civil, que, mediante una interpretación integrativa, complementaron las reglas administrativas de la contratación pública, *c)* la ordenanza municipal 45.627 y el dec. 2177/94, típicos actos locales referidos a cuestiones referidas a obras y servicios de esa misma naturaleza, *d)* la valoración de las conductas de las partes (hechos), y e) la prueba rendida.

Ninguna de tales cuestiones plantea una cuestión federal a los fines del recurso extraordinario federal, como tampoco la discrepancia que expresa Servipark S.A. sobre la falta de pertinencia de la doctrina de los fallos de la CSJN citados, junto con muchas otras razones, en la fundamentación de la sentencia dictada por el Tribunal.

3. Ante la ausencia ostensible de cuestión federal en este caso, Servipark S.A. procura introducirla merced a la invocación de la doctrina de la arbitrariedad, sin tener en cuenta que la admisibilidad del recurso por arbitrariedad se considera estricta por la propia CSJN, creadora de esta doctrina: "La doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia, ni corregir fallos equivocados (...), sino que atiende a cubrir casos de carácter *excepcional* (bastardilla mía) 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).

4. Por las razones expuestas en los puntos precedentes me pronuncio por denegar el recurso extraordinario federal interpuesto a fs. 1607/1620. Las costas deben ser impuestas a la vencida, por aplicación del principio objetivo de la derrota y por no mediar, en esta ocasión, circunstancias que justifiquen apartarse de él.

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

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

La jueza ALICIA E. C. RUIZ *dijo:*

1. El recurso extraordinario federal que luce a fs. 1607/1620 no se adecua al art. 3º, inc. e) del Reglamento aprobado por la Acordada 4/07 de la CSJN (en adelante, el "Reglamento"). La recurrente no logra plantear ninguna cuestión federal.

2. Tal como lo advierte el señor juez de trámite, ninguna de las normas en juego en estos obrados reviste carácter federal. Y, por lo demás, la actora tampoco vincula la interpretación efectuada en la sentencia recurrida de los hechos, pruebas y normas del caso con la afectación de ninguna garantía constitucional.

3. En efecto, el eje argumental en que Servipark S.A. pretende fundar un caso federal es la supuesta arbitrariedad del fallo del Tribunal al examinar sus planteos en relación con *i)* la Ordenanza Municipal 45.627, *ii)* el incumplimiento por parte de la demandada con los arts. 17, 1º, inc. f), 7º, inc. d) y 9º de la ley 19.549, y *iii)* la teoría de los actos propios.

Ninguno de los referidos agravios habilita la intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación con base en la doctrina de la arbitrariedad. Coincido con mi colega Julio B. J. Maier en que ante la ausencia de una cuestión federal, la recurrente intenta sin éxito y mediante la invocación de la doctrina de la arbitrariedad, sostener el recurso extraordinario.

4. Por lo expuesto, y de conformidad con lo prescripto por el art. 11 del Reglamento, el recurso extraordinario federal intentado debe ser desestimado por inoficioso, con costas a la parte vencida. Así lo voto.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

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

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva como está ordenado a fs. 1582, punto 4.

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

LIII

"TRUCCO, MARGARITA TERESITA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'TRUCCO, MARGARITA TERESITA C/GCBA S/BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Requisitos. Acordada 4/07, CSJN. Cuestión federal. Beneficio de litigar sin gastos. Sentencia definitiva. Arbitrariedad de sentencia. Derecho común. Cuestiones de hecho y prueba.

SUMARIOS:

1. El recurso extraordinario federal debe ser rechazado por no dirigirse contra una sentencia definitiva, como lo exige el art. 14 de la ley 48, desde que la decisión

recaída en el beneficio de litigar sin gastos que la accionante peticionara no constituye una decisión definitiva a los fines del recurso de inconstitucionalidad local y su queja. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhieren los señores jueces Luis F. Lozano, José O. Casás y Ana María Conde).*

2. Los agravios que discurren sobre la situación económica de la recurrente, la suficiencia de la prueba rendida, la interpretación de las reglas procesales locales referidas al beneficio de litigar sin gastos, cuestiones que se pretenden enmarcar bajo la doctrina de la arbitrariedad de sentencia, no advierten que, la invocación de esa causal y de la violación de garantías constitucionales no suple la ausencia de sentencia definitiva, y trasunta sólo cuestiones de hecho y prueba, ajenas por definición a la instancia extraordinaria, y de interpretación del derecho común (infraconstitucional) y local, también ajeno a esa instancia. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhieren los señores jueces Luis F. Lozano, José O. Casás y Ana María Conde).*

Expte. nº 5332/07 - 26/3/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

La señora Margarita Teresita Trucco interpuso recurso extraordinario federal (fs. 69/80 y 83) contra la resolución del Tribunal (fs. 58/65) que rechazó la queja planteada por ella.

El Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires contestó el traslado del recurso y se opuso a su concesión y procedencia (fs. 89/94).

FUNDAMENTOS:

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. El recurso planteado por la señora Trucco debe ser rechazado pues no se dirige contra una sentencia definitiva, como lo exige el art. 14 de la ley 48.

En el fallo recurrido expresé las razones por las que lo decidido con relación al beneficio de litigar sin gastos que la accionante peticionara (que fuera rechazado en primera instancia y concedido en un 50 % por la Sala II de la Cámara de Apelaciones) no constituye una decisión definitiva a los fines del recurso de inconstitucionalidad local y su queja. En similar sentido se expidieron mis colegas los señores jueces José O. Casás, Luis F. Lozano y Ana María Conde en sus respectivos votos.

Esas razones son igualmente aplicables, ahora, para denegar el recurso extraordinario federal, y a ellas me remito.

2. Además, el recurso no plantea una cuestión de naturaleza federal. Los agravios expresan la disconformidad de la apelante con lo decidido por el Tribunal en relación con el alcance de su propia jurisdicción —al no admitir un recurso contra

una sentencia que no reputa definitiva— sobre la base de las reglas procesales que condicionan y regulan su competencia recursiva por vía del recurso de inconstitucionalidad local y del recurso de queja. A este respecto la CSJN ha señalado, reiteradamente, que las decisiones por las cuales los tribunales locales declaran la improcedencia de los recursos de orden local que se interponen ante ellos son ajenas, en principio, a la instancia extraordinaria (*Fallos,* 299:268; 302:1040; 307:819; 308:1577; 311:100; entre otros).

3. En verdad, los agravios que la parte expresa discurren sobre la situación económica de la señora Trucco, la suficiencia de la prueba rendida, la interpretación de las reglas procesales locales referidas al beneficio de litigar sin gastos, cuestiones que la recurrente pretende enmarcar bajo la doctrina de la arbitrariedad de sentencia, sin advertir que, de conformidad con la jurisprudencia de la CSJN, la invocación de arbitrariedad y de violación de garantías constitucionales no suple la ausencia de sentencia definitiva (*Fallos,* 308:62; entre otros), ni que sus agravios trasuntan sólo cuestiones de hecho y prueba, ajenas por definición a la instancia extraordinaria, y de interpretación del derecho común (infraconstitucional) y local, también ajeno a esa instancia.

4. Por las razones expuestas en los puntos precedentes me pronuncio por denegar el recurso extraordinario federal interpuesto a fs. 69/80 y 83. Las costas deben ser impuestas a la vencida, por aplicación del principio objetivo de la derrota y por no mediar, en esta ocasión, circunstancias que justifiquen apartarse de él.

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

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

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

El recurso extraordinario federal obrante a fs. 69/80 no satisface los requisitos establecidos en el art. 2º, inc. i) del reglamento aprobado por la Acordada 4/2007 de la CSJN. Por tal motivo, y de conformidad con lo prescripto por los arts. 2º, inc. i), última parte y 11 de dicho reglamento, el recurso debe ser desestimado por inoficioso, con costas.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal interpuesto por Margarita Teresita Trucco, con costas.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva como está ordenado a fs. 65.

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

LIV

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSOR GENERAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN INCIDENTE DE APELACIÓN POR PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN EN 'ONISZCZUK, CARLOS ALBERTO S/INFRACCIÓN LEY 255'"

RECURSO DE QUEJA: Prescripción de la acción contravencional. Sentencia condenatoria firme. Agravios extemporáneos. Cuestión abstracta. Defensor oficial. Exención de depósito.

SUMARIOS:

1. Corresponde rechazar el recurso de queja cuando la discusión acerca de la prescripción de la acción contravencional pierde virtualidad, porque la sentencia ha quedado firme, dado que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha declarado inadmisible el recurso de queja por recurso extraordinario federal denegado. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante ver voto de los señores jueces Ana María Conde, Luis F. Lozano, Julio B. J. Maier y José O. Casás).*

2. El depósito previsto como requisito de admisibilidad de un recurso de queja relativo a un recurso de inconstitucionalidad denegado no es exigible al Defensor Oficial. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier. En sentido concordante ver voto de los señores jueces Alicia E. C. Ruiz).*

3. Los agravios no introducidos ante las instancias anteriores son improponibles ante este estrado por extemporáneos. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

4. El rechazo del beneficio de litigar sin gastos origina el deber de integrar el depósito del art. 34 de la ley 402, bajo apercibimiento de ejecución. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

Expte. nº 5514/07 - 1º/4/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Defensor General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires interpuso recurso de queja en favor de Carlos Alberto Oniszczuk (fs. 134/145) contra la resolución dictada el día 2/10/2007 (fs. 132/133) mediante la cual la Sala I de la Cámara CyF declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad intentado contra la decisión del 10/8/2007, que resolvió: "*I.* Confirmar el resolutorio recurrido de fecha 7/6/2007 [...] en cuanto no hace lugar al planteo de prescripción de la acción opuesto por la señora Defensora Oficial [...] *II.* Disponer que el Juez de Primera

Instancia haga efectivo el cumplimiento de la sanción impuesta al encartado [...]" (fs. 123).

2. Los agravios alegados por la defensa en su recurso de inconstitucionalidad fueron: *a)* afectación al principio de legalidad, a las garantías del debido proceso y defensa en juicio y de máxima taxatividad interpretativa (arts. 18, 33, 75, inc. 22, C.N., y art. 13, inc. 3º, CCBA), pues considera que la interpretación realizada por la Cámara de las normas locales que rigen la prescripción de la acción contravencional, basada en el fallo "González" de este Tribunal, resuelto el 19/12/2005, constituye un análisis erróneo del art. 31, ley 10, al establecer una nueva causal interruptiva de la prescripción en forma pretoriana, haciendo en consecuencia un análisis erróneo del principio de cosa juzgada. En este sentido, señaló que la resolución recurrida se apartaba arbitrariamente de la doctrina sentada por la CSJN en el caso "Caballero", al pretender instaurar una causal interruptiva de la prescripción de la acción contravencional inexistente en la normativa vigente; y *b)* arbitrariedad, pues los vicios denunciados en el punto anterior tornan, a su juicio, arbitraria la decisión de la Cámara y, por ende, la descalifican como pronunciamiento judicial válido, en razón de que no es consecuencia de una derivación razonada del derecho vigente.

3. La Sala I declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad presentado por la defensa, debido a que de las actuaciones surge que la sentencia condenatoria del señor Oniszczuk adquirió el carácter de cosa juzgada el 22/5/2007, cuando fue rechazada la queja por recurso extraordinario denegado. Por tanto, teniendo en cuenta que los planteos esgrimidos por la impugnante se limitan a cuestionar la interpretación realizada de las disposiciones relativas a la prescripción de la acción contravencional que fue rechazada y teniendo en cuenta que en la presente la sentencia de fondo se encuentra firme, la Sala I entiende que los agravios carecen de actualidad y han devenido abstractos, pues la cosa juzgada material impide discutir y rever con posterioridad a ella la cuestión relativa a la prescripción de la acción (fs. 133).

4. El Fiscal General Adjunto, al contestar la vista conferida, se pronunció por el rechazo del recurso de queja intentado, pues coincidió con la Cámara en que los agravios han devenido abstractos porque la sentencia condenatoria recaída en esta causa se encuentra firme y adquirió el carácter de cosa juzgada, toda vez que la CSJN declaró inadmisible la queja por recurso extraordinario denegado (fs. 157/159).

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de queja interpuesto a fs. 134/145 fue deducido en tiempo y forma (art. 33, ley 402). Sin embargo, no puede prosperar.

2. A pesar de los esfuerzos realizados por la defensa en el recurso de queja, sus argumentos no logran demostrar la ilegalidad de la declaración de improcedencia del recurso de inconstitucionalidad interpuesto. En el estado en que se

hallan las actuaciones, y vistas las constancias que acompaña la defensa, no tiene sentido pronunciarse acerca de la prescripción de la acción toda vez que, tal como lo ha señalado la Cámara, la sentencia de condena impuesta al señor Oniszczuk ha quedado firme. Con fecha 22/5/2007 la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha declarado inadmisible el recurso de queja por recurso de extraordinario federal denegado interpuesto por la defensa contra aquella decisión (fs. 102). En consecuencia, y como se dijo más arriba, la discusión en torno a la prescripción de la acción ha perdido virtualidad.

3. Dado que ya me he manifestado a favor de la exención del pago del depósito cuando el recurso procede de la defensa oficial, a tal respecto remito a mi opinión en "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Feng Chen Chih s/ art. 40, CC —apelación'", expte. nº 2212, resol. del 11/6/2003; "Ministerio Público —Defensoría Oficial Nº 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Caro, Maximiliano Daniel s/arts. 61 y 63, CC —apelación'", expte. nº 2197, resol. del 10/9/2003; "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional Nº 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Echagüe, Damián s/violar luz rojas y otra'", expte. nº 2279, resol. del 30/9/2003; y "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 8— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Prescava, David Daniel s/art. 186 bis, C.P.'", expte. nº 3562/04, resolución del 25/2/2005.

4. Por las razones expuestas, el recurso de inconstitucionalidad ha sido bien denegado por la Cámara y, en consecuencia, voto por rechazar el recurso de queja intentado.

El juez Luis F. Lozano dijo:

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

Por la razones apuntadas en mi voto en la causa "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad en: 'Ronchetti, Leonardo s/art. 47, CC —apelación— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado'", expte. nº 3996/05, resolución del 14/9/2005, voto por declarar no exigible el depósito previsto en el art. 34 de la ley 402.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Acompaño la decisión de la jueza de trámite en cuanto indica que la cuestión planteada ha devenido abstracta. En este sentido, en tanto la CSJN ya ha rechazado el último recurso posible contra la condena oportunamente impuesta, la acción se ha agotado y, por lo tanto, ninguna discusión sobre la posibilidad de que se haya extinguido por prescripción tiene sentido (conf. mi voto en "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Soto, Pablo José s/inf. arts. 40 y 41, CC —apelación'", expte. nº 5422, sent. del 12/9/2007 y "González, Carlos Alberto y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'González, Carlos;

Lacquaniti, Roque y otros (Bingo Congreso) s/inf. ley 255 —apelación'", expte. nº 4066, resolución del 24/10/2007).

2. Según lo expuse en reiteradas ocasiones (ver, *inter alia*, mi resolución como juez de trámite en "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 3— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ábalos, Oscar Adrián s/art. 71 CC —apelación'", expte. nº 1509/02: interpretación sistemática del art. 34, II, ley local 402 y art. 3º, inc. a], ley local 327), no corresponde intimar al defensor oficial —órgano del Ministerio Público según la propia, CCBA— para que acredite el pago del depósito previsto como requisito de admisibilidad de un recurso de queja relativo a un recurso de inconstitucionalidad denegado.

El juez José O. Casás dijo:

Por los fundamentos expuestos en los puntos 1 y 2 del voto de la señora jueza de trámite, doctora Alicia E. C. Ruiz, a los que adhiero, corresponde rechazar el recurso de queja deducido por la defensa de Carlos Alberto Oniszczuk.

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

Coincido con la señora jueza preopinante en cuanto expone, de modo sintético y suficiente, que los agravios propuestos por el esmerado Defensor General han perdido actualidad. En efecto, la sentencia dictada por la CSJN (O. 38. XLIII. "Recurso de hecho en: 'Oniszczuk, Carlos Alberto s/infracción ley 255 —causa nº 4859—'", resolución de fecha 22/5/2007) irremediablemente ha tornado abstractos los planteos retóricos contenidos en esta presentación y resulta inoficioso pronunciarse sobre éstos. Ello así, pues, más allá de que la acción se encontrase o no prescripta cabe inferir que este extremo "o bien fue soslayado" por los integrantes de la CSJN que resolvieron desestimar la queja contra la sentencia de condena oportunamente confirmada, "o [bien] el silencio al respecto importó su descarte de manera tácita", descarte éste que "constituye el *pronunciamiento final* del proceso, lo cierra definitivamente y pasa la decisión en autoridad de cosa juzgada, tal como lo sostuvo [la Sala I del tribunal *a quo*]" puesto que "no existe instancia alguna en que pudiera revisarse la decisión de [la] Corte" (según lo expone suficientemente —mi antigua y distinguida colega de Sala— la doctora Elena Highton de Nolasco, S. LXXXVI, "Sanz, Tomás Miguel s/calumnias", resolución del día 30/5/2006). En ese sentido, aunque el interesado no lo comparta, poco importa que toda la discusión referida a la prescripción de la acción haya tramitado de manera simultánea al recurso de hecho por recurso extraordinario federal denegado, puesto que, para que aquella incidencia eventualmente triunfara, el defensor debió procurar que la acción perdurara mediante, por ejemplo, la suspensión del trámite de la queja ante la CSJN ("Moreno, Rodrigo Félix s/infracción art. 56, CC", causa 1173 del registro del Alto Tribunal). Si la defensa no informó a la CSJN que paralelamente a su queja se encontraba en discusión —nada menos que— la vigencia de la acción (presupuesto procesal para dictar una sentencia) o, aun en el supuesto de que lo hubiera hecho, si

sus integrantes resolvieron ignorarlo y desestimar su queja, con ello, claramente, se agotó la acción y "no existe instancia alguna" que pueda revisar dicha cuestión.

Por lo demás, corresponde remarcar que el Defensor General no sólo insiste con la argumentación propuesta en el recurso de inconstitucionalidad deducido por su inferior jerárquica, sino que, asimismo, en la queja incorpora dos nuevos motivos de agravio relacionados con el "sistema acusatorio" y "el derecho a un juicio rápido" (fs. 142 y ss.). Esta última denuncia no se vincula directamente con lo discutido en las instancias anteriores, por lo cual obviamente resulta improponible ante este estrado por extemporánea (*Fallos,* 307:629, 308:51, entre otros). A su turno, su otra denuncia se dirige a criticar que el tribunal *a quo*, en su auto denegatorio, omitió considerar la opinión de la Fiscal de Cámara y ejerció "jurisdicción por fuera de los agravios reales y concretos planteados por [...] las partes" (fs. 142 vta.). No obstante, como señaló el Fiscal General Adjunto resulta cuanto menos "llamativo" el alcance que el interesado pretende otorgarle al "sistema acusatorio" que rige en esta Ciudad (art. 13.3, CCBA), toda vez que no se comprende cuál podría ser la relación existente entre dicha denuncia y la situación ocurrida en esta causa. Ello así porque si bien es manifiestamente cierto que "los órganos del Estado competentes para administrar justicia tienen vedado avocarse a la solución de problemas jurídicos que no le[s] hayan planteado quienes tiene[n] interés legítimo en reclamar su intervención" (fs. 142 vta.), como refiere el defensor, igual de cierto es que tienen vedado pronunciarse sobre cuestiones que han devenido abstractas. En efecto, el proceder del *a quo* resultó acertado, pues, más allá de que el recurso de inconstitucionalidad había sido interpuesto por una parte legitimada para hacerlo, inexcusablemente debía discriminar si los agravios propuestos resultaban —además de ciertos y concretos— actuales, actualidad que no subsiste cuando "el transcurso del tiempo lo[s] ha tornado inoperante[s]", o cuando "ha sido removido el obstáculo en [el] que [éstos] se asentaba[n]" (*Fallos,* 306:1160; 310:819, entre otros). Precisamente éste fue el razonamiento expuesto por los integrantes de la Alzada, sin que, en rigor, pueda advertirse algún equívoco o alguna afectación constitucional en dicha actuación.

En consecuencia voto por *rechazar* la queja deducida y, en virtud del resultado negativo obtenido en el incidente de beneficio de litigar sin gastos iniciado ("Ministerio Público —Defensor General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en incidente de beneficio de litigar sin gastos en 'Oniszczuk, Carlos Alberto s/infracción ley 255 —apelación'", expte. nº 5463, resolución del 20/2/2008), corresponde *intimar* la integración del depósito del art. 34, ley 402, bajo apercibimiento de ejecución.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja agregado a fs. 134/145.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita esta queja a la Sala I de la Cámara CyF.

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

LV

"GALLARDO, MIRTA SUSANA Y OTRO C/LEGISLATURA DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES S/AMPARO (ART. 14, CCBA)"

AMPARO: Ley de Comunas (nº 1777).
Intimación a la Legislatura. Medida cautelar. Cuestión abstracta.

SUMARIOS:

1. La sanción de la ley 2650 —modificatoria del anexo I de la ley 1777— y su remisión al órgano ejecutivo para su promulgación, satisfacen la pretensión de que se dicte una ley correctiva de los límites comunales, por lo que el proceso de amparo debe declararse abstracto. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y Julio B. J. Maier).*

2. Introducir una nueva pretensión en el pleito ante esta instancia constituye una nueva demanda y resulta inadmisible. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y Julio B. J. Maier).*

Expte. nº 5836/08 - 1º/4/2008

VISTO:

el expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. Mirta Susana Gallardo y Carlos Alfredo Tórtora interponen acción de amparo contra la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para que sancione "una ley correctiva de los límites de la comunas que posibilite la confección de los padrones y la realización del cronograma electoral" (fs. 3/8).

Como medida cautelar solicitan que se intime a la Legislatura para que en el plazo de 72 horas "sancione los límites de las comunas que faltasen (8 y 9) y/o corrija los ya existentes, a los efectos de posibilitar la confección de los padrones comunales y el cumplimiento de la convocatoria a elecciones para autoridades comunales el próximo 10 de agosto" (fs. 7 vta.).

2. A fs. 11/13 el señor Fiscal General opinó que: *a)* este Tribunal es competente para entender en las actuaciones (punto III, fs. 11 vta./12 vta.), y *b)* debe

rechazarse *in limine* la acción intentada por resultar abstracta frente a la aprobación del proyecto de ley realizada por la Legislatura el pasado 13 de marzo.

3. El 25 de marzo próximo pasado el Presidente del Tribunal resolvió, en atención a lo señalado por el señor Fiscal General en su dictamen, requerir a la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que informe en el plazo de 48 horas si el pasado jueves 13 de marzo aprobó el proyecto de ley modificatorio del anexo I de la ley 1777 y, de ser así, si fue remitido al Poder Ejecutivo para su promulgación y, en su caso, en qué fecha.

4. A fs. 21/29 se informó al Tribunal que el texto modificatorio del anexo I de la Ley de Comunas fue sancionado el pasado 13 de marzo con el nº 2650 y a fs. 41/43 que el día 28 de marzo fue remitida al Poder Ejecutivo para su promulgación. Contamos también con el texto de la ley.

5. En el día de hoy los actores efectuaron una nueva presentación en la que expresan que "sin perjuicio de lo manifestado por la Legislatura de la CABA hasta la fecha no se ha convocado a elecciones de comunas" y solicitan que "se intime tanto a la legislatura como al Poder Ejecutivo a convocar a elecciones de comunas" (fs. 45).

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. Sin abrir juicio respecto de la legitimación de los actores, la idoneidad de la vía del amparo y la pertinencia del objeto planteado en la demanda, lo cierto es que, de acuerdo con lo informado por la Legislatura, la sanción de la ley 2650 —modificatoria del anexo I de la ley 1777— y su remisión al órgano ejecutivo para su promulgación, satisfacen lo requerido en la demanda. Estas situaciones son de conocimiento de la parte actora, como surge de la presentación de fs. 45.

De tal manera, el amparo intentado carece de actualidad.

2. La nueva presentación de los actores (fs. 45) por la que requieren que el Tribunal disponga que la Legislatura y el Poder Ejecutivo convoquen a la elección de comunas, es, en realidad, una nueva demanda, que, por manifiesta falta de fundamentos, debe ser declarada inadmisible sin más trámite.

Así lo voto.

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

Nos adherimos al voto del juez de trámite, doctor José O. Casás.

Por ello, y de acuerdo con lo dictaminado por el señor Fiscal General,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar abstracto* el proceso de amparo incoado a fs. 3/8 por la parte actora y disponer el archivo de la demanda.

2º. *Declarar inadmisible* la presentación de fs. 45.

3º. *Mandar* que se registre, notifique y cumpla.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde y Julio B. J. Maier.*

LVI

"CORTINA, ROBERT VINCENT C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)"

AMPARO: Intimación al Poder Ejecutivo.
Relimitación de circuitos electorales. Medida cautelar.

SUMARIOS:

1. No existe apariencia de buen derecho ni peligro en la demora si la transferencia del dinero que la Ciudad debe aportar, para sufragar los gastos vinculados con la colaboración que presta el órgano electoral federal en la preparación del proceso electoral, todavía no fue requerida por el Juzgado Federal. *(Voto del señor juez José O. Casás. En sentido concordante ver voto de los señores jueces Ana María Conde, Julio B. J. Maier y Alicia E. C. Ruiz).*

2. La pretensión cautelar tendiente a que el Tribunal ordene al Poder Ejecutivo que informe en autos las medidas adoptadas para dar cumplimiento a los demás requerimientos del Juzgado Federal encubre una prueba informativa, cuya producción anticipada y urgente no se ha justificado de manera alguna por el accionante. *(Voto del señor juez José O. Casás. En sentido concordante ver voto de los señores jueces Ana María Conde, Julio B. J. Maier y Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 5820/08 - 3/4/2008

VISTO:

el expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. El señor Robert Vincent Cortina, "ciudadano vecino de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a la sazón Diputado Nacional por este Distrito y Presidente del Partido Socialista de la Ciudad de Buenos Aires", por su propio derecho interpuso el 15/2/2008 una demanda de amparo contra el GCBA en el fuero contencioso administrativo y tributario de la Ciudad. Requirió en ella que se ordene al Poder Ejecutivo remitir al Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal Nº 1 con competencia electoral, con carácter urgente, la suma de $ 1.367.075 y ejecutar las acciones necesarias para la aprobación del Anteproyecto de Relimitación de Circuitos Electorales, en el plazo perentorio que se estime procedente fijar, para que el acto electoral previsto por la ley 2405 para el 10/8/2008 pueda tener lugar

—conf. escrito de inicio, punto 1 a) del Objeto y punto 4 del Petitorio (conf. fs. 1 y 8 vta., respectivamente)—. Sostuvo que de no admitirse la acción se tornaría "imposible la realización de los Comicios fijados por la ley 2405" para el 10 de agosto próximo (fs. 7).

El accionante solicitó, como medida cautelar, que en el plazo de 24 horas el Gobierno de la Ciudad gire a la Justicia Federal Electoral la suma de $ 1.367.075 e informe "en autos en el mismo plazo, qué medidas ha adoptado para dar cumplimiento a los demás requerimientos del Juzgado Federal" (fs. 1 y vta. y punto 3 del petitorio, fs. 8 y vta.).

2. El 26/2/2008 el Juez Contencioso Administrativo y Tributario se inhibió de intervenir en las actuaciones y dispuso la remisión al Tribunal Superior de Justicia (fs. 62).

3. Recibidas las actuaciones por el Tribunal, se dio vista al Fiscal General (fs. 64), quien al dictaminar sostuvo que: *a)* el Tribunal es competente para entender en el amparo (punto V, fs. 66 vta./67 vta.); y *b)* debe rechazarse la medida cautelar solicitada (punto VI, fs. 67 vta./68 vta.). Propició, además, la realización de determinadas medidas ordenatorias (punto VII, fs. 68 vta./69 y 71).

4. El 17 de marzo el Presidente resolvió —de conformidad con lo deliberado en el acuerdo realizado en esa misma fecha— disponer que por Secretaría: *1)* se certifiquen las constancias pertinentes obrantes en el expte. nº 5584 "Elecciones 2008"; *2)* se certifique si se encuentra en la página de *Internet* de la Legislatura de la Ciudad, el texto de la ley modificatoria de la de Comunas 1777; *3)* en el supuesto de resultar negativa la diligencia indicada en el punto precedente, librar oficio a la Legislatura de la Ciudad a fin de solicitar la remisión del texto de la ley de mención; y *4)* una vez agregado, pasar los autos al acuerdo (fs. 73).

5. A fs. 88 el secretario interviniente adjuntó la nota 037-DGELEC/08 (fs. 87); certificó que en la página *web* de la Legislatura no pudo constatar fehacientemente el texto de la ley modificatoria de la Ley de Comunas 1777 y, de seguido, libró el oficio ordenado a fs. 73, punto 3.

6. A fs. 91/99 se agregó copia certificada del texto sancionado por la Legislatura.

7. Llamados los autos al acuerdo (fs. 101), la Legislatura informó al Tribunal que la ley sancionada (nº 2650), modificatoria de la ley 1777 fue remitida el día 28 de marzo al Poder Ejecutivo para su promulgación.

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. Sin abrir juicio respecto de la legitimación del actor, la idoneidad de la vía del amparo y la pertinencia del objeto planteado en la demanda, la medida cautelar peticionada debe ser rechazada.

2. El accionante solicitó como medidas precautorias que el Tribunal ordene al Poder Ejecutivo:

a) que remita al Juzgado Federal Nº 1 la suma de $1.367.075, en el plazo de 24 horas;

b) que informe "en autos en el mismo plazo, qué medidas ha adoptado para dar cumplimiento a los demás requerimientos del Juzgado Federal".

3. En cuanto a lo primero, según se acredita con la documental agregada por Secretaría, el Tribunal –en ejercicio de la competencia electoral que le asigna la Constitución de la Ciudad, y por la responsabilidad que, en consecuencia, le corresponde en la organización y fiscalización de las elecciones locales— adoptó las decisiones y libró los oficios que corren a fs. 1, 2, 4, 36, 38/82,88 y 89 del expte. nº 5584 "Elecciones año 2008", en miras al acto comicial mencionado en la demanda.

En el oficio dirigido por el Tribunal al señor Jefe de Gobierno a fs. 36 se pidió informe acerca del cumplimiento de los requerimientos que le formulara el Juzgado Federal con competencia Electoral mediante los oficios de fecha 18/12/2007 y 12/2/2008 (a los que alude el actor en el punto "a" del acápite "Objeto" de su escrito de demanda).

En respuesta, la Dirección General Electoral remitió la nota 037-DGELEC/08, de fecha 26/2/2008, que obra agregada a fs. 85 del legajo citado, que, en lo que aquí interesa, expresa lo siguiente: "*...b)* Finalmente, en cuanto a la transferencia de los fondos requeridos por el Juzgado Federal Electoral, se ha librado nota con fecha 15 de febrero del corriente informando a la señora Juez que esta Dirección cuenta con las partidas solicitadas y que se hallan en proceso de transferencia al Juzgado a su cargo. En respuesta a esta nota, la señora Juez federal con competencia electoral en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ha librado oficio con fecha 20/2/2008, en el que refiere que la transferencia de fondos no resulta necesaria hasta tanto no disponga de los restantes elementos y definiciones solicitados".

De tal manera, no existe razón alguna que justifique acoger la medida cautelar en cuanto a la remisión de los fondos al JFE. Las constancias agregadas demuestran que el juzgado federal no ha considerado necesario, todavía, que se haga efectiva la transferencia del dinero que la Ciudad debe aportar al órgano electoral federal para sufragar los gastos vinculados con su colaboración en la preparación del proceso electoral. No existe, en suma, apariencia de buen derecho ni peligro en la demora.

4. El segundo aspecto de la pretensión cautelar tiende a que el Tribunal ordene al Poder Ejecutivo que informe "en autos (…) qué medidas ha adoptado para dar cumplimiento a los demás requerimientos del Juzgado Federal". Su mera enunciación pone de manifiesto que, en verdad, se trata de una prueba informativa encubierta bajo el pedido de una medida cautelar, cuya necesidad de producción anticipada y urgente no se ha justificado de manera alguna por el accionante.

Además la imprecisión en su formulación —que no indica a qué requerimiento del JFE hace referencia— impide al Tribunal ponderar cuál información, y por qué

razón, resulta de ineludible producción anticipada para garantizar la efectividad de una eventual sentencia definitiva que estimase la demanda. El hecho de que el Poder Ejecutivo brinde en forma inmediata la información indicada en forma harto vaga e imprecisa por el actor, o que no lo haga, en nada incidirá en que el pronunciamiento definitivo se frustre o pueda ser efectivo.

Por las razones señaladas en los puntos precedentes, la medida cautelar debe ser rechazada.

5. Ahora bien, aunque abrigo dudas en relación con la aptitud de la vía elegida y son diversas las consideraciones que correspondería efectuar al respecto —por ejemplo, en torno a los recaudos procesales que exigen acreditar la existencia de un "caso, causa o controversia judicial" y en punto a la "legitimación procesal activa" que ostentaría el actor para impulsar su pretensión—; como así también sobre la incidencia que en el objeto del proceso pueda tener la contestación de la Dirección General Electoral mencionada y la sanción de la ley 2650 (ya remitida al PE para su promulgación); considero conveniente oír al demandado en forma a previa a adoptar una decisión final. Me inclino, en consecuencia, por ordenar el traslado de la demanda por el plazo de diez (10) días al Poder Ejecutivo local (conf. art. 11, LA).

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

Me adhiero al voto del señor Presidente del Tribunal, doctor José O. Casás.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

Me adhiero al voto del señor Presidente del Tribunal y agrego que el requerimiento de la señora jueza federal para confeccionar el padrón no se traduce, directamente, en una imposición de deberes —significado jurídico imposible—, sino, antes bien, en la información acerca de los requerimientos empíricos necesarios para poder ella confeccionar el padrón de electores de las comunas porteñas, según el desarrollo que actualmente tiene el federal a su cargo.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. Visto el estado de las actuaciones, la medida cautelar debe ser rechazada por las razones expuestas por el señor juez de trámite en los puntos 2, 3 y 4 de su voto. Y en cuanto a la prosecución del trámite, corresponde ordenar el traslado de la demanda por el plazo de diez (10) días al Poder Ejecutivo local.

2. Así lo voto.

Por ello, y concordantemente con lo dictaminado por el señor Fiscal General,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *No hacer* lugar a la medida cautelar peticionada.

2º. *Dar* traslado de la demanda al Poder Ejecutivo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para que comparezca al proceso, la conteste y ofrezca prueba en el plazo de diez (10) días.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique personalmente o por cédula al actor, al señor Fiscal General y, con copia de la demanda, al señor Procurador General de la Ciudad.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde y Julio B. J. Maier.*

LVII

"CÓCERES, ALFREDO GABRIEL Y OTROS S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'CÓCERES, ALFREDO GABRIEL Y OTROS S/INF. ART. 116, CC. ORGANIZAR Y EXPLOTAR JUEGO SIN AUTORIZACIÓN, HABILITACIÓN O LICENCIA —INCIDENTE DE RECUSACIÓN'"

RECURSO DE QUEJA. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Sentencia definitiva. Recusación de juez. Garantía de juez imparcial. Arbitrariedad de sentencia. Cuestiones de hecho y prueba. Derecho procesal local.

SUMARIOS:

1. Las decisiones referidas a medidas o provisiones adoptadas durante la tramitación del proceso, como el rechazo de la recusación de un juez y de la inconstitucionalidad de una norma local, no constituyen sentencia definitiva en el sentido del art. 27 de la ley 402. *(Voto del señor juez José O. Casás. En sentido concordante ver voto de los señores jueces Luis F. Lozano, Ana María Conde, Julio B. J. Maier y Alicia E. C. Ruiz).*

2. La mera invocación de la garantía de imparcialidad no permite equiparar el pronunciamiento que rechazó la recusación con una sentencia definitiva. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

3. La discusión en torno a valoraciones de hecho y prueba, y la aplicación de normas de orden procesal local, que son aspectos ajenos a la vía intentada, no constituyen una objeción real al alcance de la garantía del juez imparcial. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

4. Son insustanciales las tachas de arbitrariedad si traducen exclusivamente el desacuerdo del recurrente con lo decidido, sin que se demuestre la inconsistencia del razonamiento aplicado por los jueces de grado. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

5. El instituto de la recusación constituye un mecanismo de carácter restringido y excepcional que busca salvaguardar la garantía de defensa en juicio y el debido proceso de las partes involucradas en un pleito judicial. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

6. La recusación no puede ser empleada de forma tal que, en la práctica, confiera a las partes la posibilidad de alterar la radicación de los juicios o la integración de los tribunales de acuerdo a su voluntad. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

Expte. nº 5507/07 - 9/4/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El defensor de Marta Iarochersky y Alfredo Gabriel Cóceres interpuso una queja por recurso de inconstitucionalidad denegado contra la decisión de la Sala II de la Cámara CyF (fs. 47/49) que declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad planteado en esa instancia contra la decisión de esa misma Sala (fs. 13/14) de: I. Rechazar la recusación planteada por el doctor Roller —por las causales de denuncia penal y enemistad manifiesta— contra el titular del Juzgado en lo Contravencional Nº 2; II. Rechazar el planteo de inconstitucionalidad del art. 8º, ley 12 formulado por la defensa; y devolver las actuaciones al juez interviniente para que resuelva la recusación planteada contra el Fiscal (art. 71, CPPN) (fs. 52/63).

2. En su recurso de inconstitucionalidad (fs. 16/41) la defensa alegó que aun cuando la decisión de la Cámara no constituya una sentencia definitiva debe ser equiparada a tal por su carácter y alcance. A su criterio, dicha resolución se aparta de los precedentes de la Corte Suprema y se funda en afirmaciones puramente dogmáticas y carentes de todo sustento fáctico y jurídico, deviniendo arbitraria y vulnerando la garantía de imparcialidad del juez y el fiscal, manifestación directa del principio acusatorio y de las garantías de defensa en juicio y debido proceso (arts. 18 y 33, C.N.; art. 12, inc. 6º, CCBA; art. 26, DADyDH; art. 14.1, PIDCyP y art. 8.1, CADH). Afirmó además el recurrente que las previsiones del art. 8º, LPC resultan insuficientes para dar cumplimiento a dichas garantías constitucionales.

3. La Sala II resolvió declarar inadmisible el recurso de inconstitucionalidad. Los jueces consideraron que la providencia que rechazó el planteo de recusación efectuado por la defensa no es susceptible de recurso extraordinario pues no es una sentencia definitiva y versa sobre cuestiones de hecho y de derecho procesal. Por otra parte, en cuanto al rechazo del planteo de inconstitucionalidad del art. 8º de la ley 12, entendieron que se trata de un decisorio que puede equipararse a una sentencia definitiva en razón de sus efectos. Pese a ello, la Sala consideró que la defensa no logró presentar un verdadero caso constitucional pues la discusión que plantea se centra en meras discrepancias que no habilitan la vía extraordinaria intentada (fs. 47/49).

4. En su presentación directa, la defensa alega que la decisión que declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad oportunamente presentado "consti-

tuye sentencia definitiva, por cuanto concluye el procedimiento establecido en la normativa contravencional con relación a la posibilidad de obtención [d]el apartamiento de los magistrados mencionados [el titular del Juzgado Contravencional y de Faltas Nº 2 y el cotitular de la Fiscalía Contravencional y de Faltas Nº 8] teniendo el carácter de cosa juzgada sustancial. Dicho de otro modo, de mantenerse la negativa al derecho invocado, proseguirá el trámite del juicio, haciendo imposible su concesión posterior" pues la cuestión se tornaría abstracta (fs. 54 vta.). Sucintamente, el recurrente insiste en la queja con sus argumentaciones en torno a la lesión de la garantía de imparcialidad, el debido proceso, la igualdad ante la ley y el sistema acusatorio, cuyo carácter irreparable exige su tratamiento en forma previa al dictado de una decisión final.

5. En oportunidad de dictaminar, a fs. 71/74, el señor Fiscal General Adjunto consideró que, a pesar de que la resolución en crisis debe ser equiparada a una sentencia definitiva, el remedio procesal intentado no puede prosperar, sintéticamente, pues la invocación de perjuicios prematuros, futuros o simplemente conjeturales inhabilita la apertura de la instancia de excepción y la presentación da cuenta sólo del desacuerdo del recurrente con la decisión judicial adoptada.

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. La presentación de fs. 52/63 fue interpuesta en término y conforme las exigencias formales del art. 33 de la ley 402. Pese a ello, la queja debe ser rechazada.

2. Respecto de los planteos encaminados a criticar el rechazo de la recusación del titular del Juzgado en lo Contravencional y de Faltas Nº 2 y el relativo a la inconstitucionalidad del art. 8 de la ley 12, reiterados pronunciamientos del Tribunal aclaran que, en principio, las decisiones referidas a medidas o provisiones adoptadas durante la tramitación del proceso no constituyen *sentencia definitiva* en el sentido del art. 27 de la ley 402 (conf. "Ministerio Público —Defensoría en lo Contravencional y de Faltas Nº 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Posta, Felipe y Berbegall, Rodolfo s/infracción ley 255 —apelación'", expte. nº 3338/04, resolución del 1º/12/2004, y más recientemente: "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Benítez, Sergio David s/art. 189 bis del C.P.'", expte. nº 4994/06, resolución del 23/5/2007 y "Ministerio Público —Defensoría en lo Contravencional y de Faltas Nº 5— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Erice, Fabián; Erice, Ariel y otros s/inf. arts. 116 y 117, ley 1472'", expte. nº 5285/07, resolución del 12/9/2007).

3. Por otra parte, el recurrente no ha dado argumentos suficientes que autoricen a considerar que la decisión en cuestión pueda ser *equiparada a una sentencia definitiva*, con fundamento en las garantías que invoca. Si en el marco de este

proceso el imputado fuese *eventualmente* —tal como la propia defensa lo manifiesta (fs. 56)— acusado y luego juzgado y condenado por el Magistrado en torno al que gira su planteo, y lograra a continuación demostrar que ello ha importado una violación de garantías constitucionales, nada le impedirá sostener sus agravios hasta esta instancia.

A este respecto, resulta insuficiente para soslayar lo afirmado precedentemente la mera referencia —efectuada en el recurso de inconstitucionalidad— a la jurisprudencia de la CSJN (*Fallos,* 328:1491, entre otros) que podría vincularse con el caso en estudio. En efecto, el recurrente omitió exponer, siquiera en forma somera, las razones por las cuales las consideraciones que llevaron al Tribunal cimero a realizar, en aquel caso, una excepción a la regla según la cual las decisiones sobre recusación de los jueces resultan ajenas a la instancia extraordinaria —en tanto no ponen fin al juicio, ni se pronuncian de modo final sobre el hecho imputado—, pueden trasladarse, sin más, a la interpretación de las reglas relativas al recurso de inconstitucionalidad local. No basta, aun de acuerdo a dicha jurisprudencia, el mero intento de vinculación de la garantía de imparcialidad del juez con la denegatoria de una recusación para que esa decisión pueda ser considerada equiparable a una sentencia definitiva. El defensor debió, en todo caso, argumentar en forma plausible respecto de la supuesta dilación indebida y el dispendio jurisdiccional que podría constatarse en este caso en particular si el tratamiento de la cuestión se difiriera al momento de la revisión de una eventual condena en un ámbito exclusivamente local.

4. A todo evento, de considerarse que la postura expuesta podría imposibilitar el tratamiento del asunto planteado (*Fallos,* 308:490 y 311:2478) lo cierto es que, en el caso, el defensor no ha logrado desplegar cuestión constitucional alguna.

En definitiva, sus argumentaciones sólo exhiben una mera disconformidad con la decisión que —tras valorar circunstancias propias de los jueces de mérito— denegó su planteo de recusación.

Las escuetas afirmaciones en torno a las supuestas denuncias penales que darían cuenta de la alegada parcialidad del titular del Juzgado Contravencional Nº 2, sumadas a la ausencia de referencias precisas en torno a los actos procesales que aquel magistrado habría dispuesto y que podrían llevar al recurrente a temer por su parcialidad, son insuficientes para establecer cualquier vinculación entre las garantías que invoca con la decisión impugnada. En realidad, no se ha objetado aquí el alcance de la garantía de juez imparcial, sino que se intenta discutir en torno a valoraciones de hecho y prueba y a la aplicación de normas de orden procesal local, todos aspectos ajenos a la vía intentada.

Tampoco el planteo de inconstitucionalidad del art. 8º, ley 12, relativo al régimen previsto para estos casos en la normativa procesal contravencional, podría tener acogida favorable. El recurrente tuvo la oportunidad de solicitar el apartamiento del magistrado y de plantear sus argumentos al respecto y éstos fueron considerados por los jueces de la Cámara de Apelaciones. Así, no se ha explicado la razón por la cual la ausencia, a nivel local, de la posibilidad de que un juez resuelva en primera

instancia respecto de su propia recusación puede llegar a resentir las garantías que invoca el recurrente —en forma confusa y descontextualizando las afirmaciones de los jueces de la Cámara.

5. En torno a los agravios relacionados con el supuesto rechazo del planteo dirigido a apartar de las investigaciones al representante del Ministerio Público Fiscal que interviene en el proceso, sólo corresponde agregar que de la lectura del recurso intentado se advierte que la defensa no ha interpretado correctamente el alcance de la decisión que en copia se agregó a fs. 13/14. En efecto, de las constancias de la causa surge que la Sala II de la Cámara dispuso *la devolución de las actuaciones para que el juez se expida sobre este punto* (fs. 14). En consecuencia, no se advierte que la recusación interpuesta respecto del Fiscal hubiera sido rechazada —o tan siquiera resuelta— a través de la decisión que se impugna. Ello basta para rechazar la queja en este punto.

6. Finalmente, las insustanciales tachas de arbitrariedad que el recurrente efectúa no pueden tener mejor suerte, pues los jueces han hecho consideración de los elementos y argumentos señalados por la defensa, exponiendo con claridad las razones por las cuales rechazaron sus planteos, en primer término, y decidieron, luego, declarar inadmisible su recurso de inconstitucionalidad. Por ello, los dichos del recurrente traducen exclusivamente su desacuerdo con lo decidido, sin demostrar la inconsistencia del razonamiento aplicado por los jueces de grado. Este Tribunal ha dicho, al respecto, 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/GCBA s/acción de inconstitucionalidad", expte. nº 49/99, resolución del 25/8/1999, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, t. I, pp. 282 y ss., entre otros).

7. Por las consideraciones expuestas, el recurso de inconstitucionalidad fue correctamente denegado por la Cámara de Apelaciones. Corresponde entonces rechazar la queja y dar por perdido el depósito integrado por el recurrente (fs. 51).

Así lo voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

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

La jueza Ana María Conde dijo:

Adhiero al razonado voto de mi distinguido colega y juez de trámite, el doctor José O. Casás, en cuanto explica holgadamente que la decisión inicialmente impugnada mediante el recurso de inconstitucionalidad que esta queja defiende no se dirigió contra una "sentencia definitiva" (art. 27 de la ley 402), ni contra un auto equiparable a tal. En efecto, es doctrina de nuestro Máximo Tribunal que las resoluciones referidas a la recusación de los jueces no son revisables por la vía extraordinaria, toda vez que no revisten carácter definitivo (*Fallos,* 293:334, 293:610,

310:1038, entre otros). Sin perjuicio de lo expuesto hubiera sido posible reconocer una excepción a esta regla general, pero para que ello ocurriera la defensa debió presentar fundamentos sólidos de corte constitucional, fundamentos que sencillamente no he encontrado en esta queja. En tal sentido, es preciso señalar que no comparto una exégesis extremadamente restrictiva sobre el "carácter definitivo" que hipotéticamente podría tener una resolución como la impugnada, pero ciertamente la confusa reseña efectuada por el letrado no me ayuda a comprender mínimamente en qué consiste el "temor de parcialidad" que abriga el imputado contra el señor juez de primera instancia. Ello así, porque la alegada "enemistad manifiesta" no aparece corroborada por ningún extremo o decisión judicial acompañada por el presunto contraventor perjudicado, sino que únicamente se asienta en las acusaciones genéricas que a ese respecto desliza su abogado particular. Es sencillo, el letrado no intentó ensayar ninguna demostración o explicación razonable acerca de cuál habría sido el comportamiento asumido por el juez, que, en su opinión, exterioriza o expresa un resentimiento claro e indubitable en detrimento de su asistido. Por lo contrario, el abogado se limitó a exponer de una manera inconsistente e imprecisa, que, luego de que se iniciara esta investigación en contra de su defendido y luego —también— de que el fiscal de grado aparentemente formulara una "denuncia penal en su contra" (fs. 55 vta.) que supuestamente se encontraría en trámite ante el Fuero Nacional en lo Criminal de Instrucción, decidió denunciar —también— penalmente al juez de garantías y al fiscal instructor, al parecer, por presuntas "irregularidades y una profusión infundada e irresponsable de graves diligencias probatorias", "manifiestamente exorbitante[s] para el pequeño supuesto investigativo [que está] en marcha" (fs. 2 y 3, respectivamente). No obstante, dichas denuncias recíprocas no sólo no han sido aportadas por el abogado, sino que, además, no tienen *per se* la entidad y los efectos que el defensor pretende otorgarles, puesto que, en rigor de verdad, ninguna enemistad demuestran con relación al magistrado interviniente.

En primer lugar, nótese que la denuncia aparentemente formulada por el representante del Ministerio Público Fiscal, más allá de su acierto o error y de los motivos que pudieron haberla inspirado, bien podría enmarcarse —sin demasiado esfuerzo— en la obligación que pesa sobre cualquier funcionario público de denunciar ante la autoridad judicial competente, la comisión de un delito de acción pública cuando tomara conocimiento de aquél en el ejercicio de sus funciones (arts. 177, CPPN, y 81, ley 2303). Las pocas referencias que el recurrente ha destinado a clarificar estas cuestiones no dejan traslucir un obvio ensañamiento por parte del presunto denunciante, ni mucho menos por parte del juez de primera instancia, quien, al parecer, ninguna incidencia habría tenido en la formulación de tal denuncia. De esta manera, el abogado no explica suficientemente en qué consistiría el apasionamiento adverso que guardaría tal magistrado hacia su defendido, ni cuáles habrían sido los actos externos y concretos demostrativos de su "parcialidad" o su interés por llegar a un determinado desenlace en este proceso. En segundo lugar, la denuncia que eventualmente pudo haber formulado su defendido contra el magistrado y el fiscal de grado luego de iniciada esta investigación, al margen del mérito o de la

suerte que ésta pudiera tener, no puede operar como un fundamento suficiente o automático para apartarlos del conocimiento de la causa. Ello es así, toda vez que, de la confusa reseña contenida en su presentación directa sólo puede extraerse que el presunto contraventor se encuentra sumamente discrepante con la manera en que se han llevado a cabo muchas diligencias probatorias ordenadas por los sujetos encargados de adoptarlas, pero no se desprende que tales medidas probatorias hayan sido cuestionadas mediante las herramientas que la ley establece a esos efectos, ni puede extraerse, por cierto, que dichas diligencias, exitosas o infructuosas, hayan sido dispuestas en una oportunidad distinta a la legalmente prevista para ello o hayan estado notoriamente viciadas por afectar las garantías del imputado. No es tarea del recurrente, dicho sea de paso, interpretar la posible relevancia que tiene una investigación seguida en contra de su defendido, ni la mesura o exorbitancia de las —muchas o pocas— diligencias probatorias adoptadas en el curso de tal investigación, especialmente, cuando, según parece desprenderse de las constancias aportadas, se trataría de un "supuesto investigativo" que, cuanto menos, lleva nueve cuerpos de tramitación y varios imputados, circunstancia que naturalmente no se condice con la evaluación personal que desarrolla el defensor al respecto. En estas condiciones, es evidente que la denuncia que aparentemente habría presentado su defendido no constituye por sí sola una razón adecuada para sustraer la causa de su "juez natural" y tampoco brinda sustento alguno a la demostración de la mencionada "enemistad manifiesta". De lo contrario, bastaría, simplemente, con presentar una o varias denuncias penales contra los sujetos encargados de perseguir o juzgar a los presuntos contraventores, o peor aun alegar haberlas presentado, para desapoderarlos de las funciones que a ellos incumben. Debemos recordar que el instituto de la recusación constituye un mecanismo de carácter restringido y excepcional que busca salvaguardar la garantía de defensa en juicio y el debido proceso de las partes involucradas en un pleito judicial, pero no puede ser empleado de forma tal que, en la práctica, confiera a las partes la posibilidad de alterar la radicación de los juicios o la integración de los tribunales de acuerdo a su voluntad.

Por último, corresponde señalar que como jueza del Tribunal Superior de Justicia de esta Ciudad estoy especialmente interesada en que el trámite de todos los procesos, judiciales y/o administrativos, se ajuste plenamente al orden constitucional y legal, pero me parece que las objeciones y denuncias contra el desempeño de los servidores públicos deben ser reales, concretas, determinadas y contar con —algo de— sustento, porque, de otro modo, más que favorecer al mejoramiento de su actuación operan en sentido contrario.

Por los argumentos expuestos, voto por rechazar la queja deducida y dar por perdido el depósito de ley.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Comparto la afirmación del señor juez de trámite en cuanto a que la decisión atacada por recurso de inconstitucionalidad —rechazo de una recusación del juez y del fiscal que intervendrían en el debate— no es una de aquellas que puede ser

cuestionada ante el Tribunal porque ordena la continuación del proceso hacia la decisión sobre la inocencia o culpabilidad del acusado. Es más, como ya expuse en múltiples sentencias (ver, por ejemplo, "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Ponzoni, Manuel Eduardo s/inf. art. 189 bis tercer párrafo del C.P.'", expte. nº 4170, sent. del 5/6/2006), ni siquiera considero que existan decisiones que puedan ser *asimilables* a una sentencia definitiva a los fines del recurso previsto en el art. 113, inc. 3º, de la Constitución local. El art. 27 de la ley 402 sólo permite el recurso de inconstitucionalidad una vez lograda la sentencia que finaliza el juicio de mérito. Y, a decir verdad, esa regulación resulta absolutamente racional para un tribunal extraordinario —que no es el tribunal de mérito—, pues el defecto puede subsanarse durante el procedimiento, incluso por un resultado final favorable al perjudicado por el vicio.

2. De tal manera, estimo que, a pesar de que el gravamen podría ser irreparable en términos de validez del juicio contravencional —porque, según afirma el recurrente, duda sobre la imparcialidad del juzgador y sobre el deber de objetividad del acusador público—, la decisión agota la posibilidad de ser recurrida en la resolución de mérito de la Cámara sobre el planteo y el recurrente conserva el derecho de hacer valer su criterio en contra de una eventual sentencia condenatoria. Incluso, tal como lo afirma el señor juez de trámite en su voto, ni siquiera se ha dictado la última *decisión de mérito* sobre la recusación interpuesta respecto del fiscal del caso, aspecto que refuerza el rechazo del recurso, al menos sobre este punto.

3. Por las razones expuestas, voto por rechazar el recurso de queja agregado a fs. 52/63 y dar por perdido el depósito, cuya constancia de integración se encuentra a fs. 51.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Voto por el rechazo de la queja en virtud de los fundamentos desarrollados por el señor juez de trámite en los puntos 2, 3 primer párrafo y 5 de su voto, a los que me remito por razones de brevedad.

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. Rechazar el recurso de queja agregado a fs. 52/63.

2º. Dar por perdido el depósito, cuya constancia obra a fs. 51.

3º. Mandar que se registre, se notifique y oportunamente se remita esta queja a la Sala II de la Cámara CyF.

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

LVIII

"CONSEJO DE LA MAGISTRATURA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'LUCANGIOLI, OSCAR ALBERTO C/CONSEJO DE LA MAGISTRATURA S/COBRO DE PESOS'" Y SU ACUMULADO EXPTE. Nº 5810/08 "CONSEJO DE LA MAGISTRATURA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'DESSANTI, RAÚL AGUSTÍN C/CONSEJO DE LA MAGISTRATURA S/COBRO DE PESOS'"

RECURSO DE QUEJA: Efectos suspensivos. Cobro de diferencias salariales. Art. 33 de la ley 402. Tutela judicial efectiva.

SUMARIOS:

1. La ejecución de la sentencia no puede suspenderse si el requirente omite mostrar la magnitud económica del gravamen invocado. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante ver voto de los señores jueces Alicia E. C. Ruiz, Julio B. J. Maier, Luis F. Lozano y José O. Casás).*

2. La necesidad de articular, eventualmente, un proceso posterior para repetir las sumas que se ejecuten, no es razón suficiente —por principio— para suspender la ejecución de las sentencias recurridas. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante ver voto de los señores jueces Alicia E. C. Ruiz, Julio B. J. Maier, Luis F. Lozano y José O. Casás).*

3. La ejecución de sentencia es el corolario legalmente establecido para quien cuenta con una sentencia de condena dictada por los tribunales de mérito, que tiende a dar vigencia a la garantía de la tutela judicial efectiva. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante ver voto de los señores jueces Alicia E. C. Ruiz, Julio B. J. Maier, Luis F. Lozano y José O. Casás).*

Expte. nº 5809/08 - 9/4/2008

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante: CM), parte demandada en los autos principales, planteó recurso de apelación (fs. 44/52 vta., causa "Lucangioli"; fs. 162/172, causa "Dessanti") contra las sentencias de primera instancia que hicieron lugar a la demanda de los actores tendientes al cobro de diferencias salariales originadas en el desempeño de

subrogancias en la Cámara CyF (fs. 35/41 vta., causa "Lucangioli"; fs. 155/159, causa "Dessanti").

La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario confirmó parcialmente ambas sentencias (fs. 53/56 vta., causa "Lucangioli"; fs. 173/177 vta., causa "Dessanti").

El CM interpuso sendos recursos de inconstitucionalidad (fs. 58/93, causa "Lucangioli"; fs. 179/199, causa "Dessanti"), que al ser denegados (fs. 94 y vta., causa "Lucangioli"; fs. 200 y vta., causa "Dessanti") dieron lugar a las quejas (fs. 97/116 vta., causa "Lucangioli"; fs. 203/222 vta., causa "Dessanti") que tramitan acumuladas ante el Tribunal.

2. El CM solicita en ambas quejas, y en los mismos términos, que se suspenda la ejecución de la sentencia, con fundamento en el art. 33, LPTSJ (fs. 116, causa "Lucangioli"; fs. 222, causa "Dessanti").

FUNDAMENTOS:

La jueza Ana María Conde dijo:

1. El art. 33, LPTSJ, establece, en lo pertinente, que: "Mientras el Tribunal Superior de Justicia no haga lugar a la queja, no se suspende el curso del proceso salvo que el tribunal así lo resuelva por decisión expresa".

La petición que en ese sentido efectúa el CM debe ser resuelta en forma previa a dar trámite a la queja.

2. El recurrente funda su petición de las siguientes razones: *a)* "los graves perjuicios que la sentencia dictada a por la Sala II del CAyT causa a esta parte", *b)* "la vulneración que irroga a las facultades constitucionales" del CM, *c)* "proceder a la ejecución de la sentencia implica afrontarla con dinero del erario público, cumpliendo una manda judicial claramente arbitraria y nula", *d)* "la no suspensión de la ejecución conllevaría mayores perjuicios, toda vez que de hacerse lugar a los planteos esgrimidos por el Consejo de la Magistratura, éste se vería luego obligado a accionar para perseguir la devolución de las sumas ejecutadas, lo que conllevaría un innecesario dispendio jurisdiccional, y económico...".

El único párrafo que el demandado ha dedicado a la cuestión en su escrito resulta insuficiente para que el Tribunal considere por qué debe dar a la queja un efecto suspensivo del que, en principio, carece. Así, el CM no expone qué parte de la suma condenada en cada caso es pasible de ejecución inmediata y cuál se somete al procedimiento establecido por los arts. 395, 399 y 400 del CCAyT. Esa omisión impide que el Tribunal pueda considerar, primero, la magnitud económica del gravamen que el CM invoca y, luego, si los montos que puedan comprometerse en la ejecución pueden calificarse de "graves perjuicios", como se afirma sin mayores fundamentos en la queja.

La necesidad de articular, eventualmente, un proceso posterior para repetir las sumas que se ejecuten, no es razón suficiente —en principio— para suspender la ejecución de las sentencias recurridas; pues su posible ejecución es el corolario legalmente establecido para quien cuenta con una sentencia de condena dictada por los tribunales de mérito, que tiende a dar vigencia a la garantía de la tutela judicial efectiva. La jerarquía constitucional de esa tutela, impone al Tribunal ser cauto cuando, como en el caso, los actores han obtenido pronunciamientos favorables en las dos instancias ordinarias.

Por esas razones, el pedido de suspensión de la ejecución de las sentencias efectuado por la parte demandada, el CM, debe ser rechazado.

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

Adherimos al voto de nuestra colega, la jueza Ana María Conde.

El juez José O. Casás dijo:

Adhiero al voto de la señora jueza de trámite, doctora Ana María Conde. A la luz del sistema establecido en el CCAyT para llevar adelante la ejecución de sentencias que disponen la obligación de dar sumas de dinero en causas contra las autoridades administrativas (conf. arts. 395, 399 y 400 del plexo legal citado que diferencian entre montos tasados de carácter alimentario y aquellos otros que deben tener previsión presupuestaria para atender la erogación en el ejercicio siguiente a la existencia de liquidación judicial firme y notificada), debe concluirse que el Consejo de la Magistratura local no ha logrado acreditar la entidad de los perjuicios que, a su criterio, justificaría hacer una excepción a la regla que rige el caso para suspender el trámite del proceso mientras se encuentre pendiente de resolución la queja deducida (conf. art. 33, ley 402).

Así lo voto.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *No hacer lugar* a la petición de suspensión de ejecución de las sentencias dictadas en los autos principales, efectuada por el Consejo de la Magistratura.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y que continúe el trámite de las quejas acumuladas.

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

LIX

"MAIDA BERTELEGNI, VANESA GISELLE C/CONSEJO DE LA MAGISTRATURA S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO" Y SU ACUMULADO EXPTE. Nº 5528/07 "MAIDA BERTELEGNI, VANESA GISELLE S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'MAIDA BERTELEGNI, VANESA GISELLE C/CONSEJO DE LA MAGISTRATURA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)'"

EXCUSACIÓN DE JUEZ DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA.

Expte. nº 5516/07 - 9/4/2008

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

El juez Luis F. Lozano se excusa de intervenir en estos autos. Expresa que mantiene una relación de amistad de antigua data con los doctores Jorge Barbagellata y Carlos F. Balbín quienes intervinieron como jurados en el concurso cuestionado por la actora, y que esa situación particular le genera un estado de ánimo incompatible con el necesario para dictar sentencia en el caso. Agrega que su relación con esas personas —que ignora si es de conocimiento de la actora— podría llevar a las partes a cuestionar su imparcialidad para decidir el recurso.

FUNDAMENTOS:

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

1. Las razones expresadas por el juez Luis F. Lozano para fundar su excusación tienen entidad suficiente para que el Tribunal admita su apartamiento del proceso.

2. Aceptada la excusación del doctor Lozano, corresponde que se efectúe el sorteo para la integración del Tribunal. Hasta tanto se integre el Tribunal se suspende el plazo para dictar sentencia.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Sin compartir las razones que expone el juez Lozano, pero por respeto al estado de ánimo que lo afecta, acompaño la decisión de mis colegas.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Aceptar* la excusación del juez Luis F. Lozano para intervenir en el proceso.

2º. *Disponer* que por Secretaría General se practique el sorteo de integración del Tribunal.

3º. *Suspender* el plazo para dictar sentencia hasta tanto el Tribunal se encuentre integrado.

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

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

LX

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'ROSETTI, LUIS ALBERTO C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)'"

RECURSO DE QUEJA: Plazo. Interposición extemporánea.

SUMARIOS:

1. El plazo para interponer la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado es fatal y perentorio. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante ver voto de los señores jueces Alicia E. C. Ruiz, Julio B. J. Maier, Ana María Conde y José O. Casás).*

Expte. nº 5142/07 - 9/4/2008

VISTO:

el expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

El GCBA (en adelante GCBA), acude en queja ante este Tribunal por la denegación del recurso de inconstitucionalidad oportunamente interpuesto.

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Como lo señala correctamente el señor Fiscal General Adjunto, el recurso de queja interpuesto a fs. 60/68 fue deducido tardíamente (art. 33, ley 402).

2. De conformidad con la ley 402, para cuestionar la decisión denegatoria del recurso de inconstitucionalidad —cuyo conocimiento y resolución corresponde al Tribunal— la parte puede acudir en queja ante este estrado, en el plazo de cinco (5) días, con los recaudos que la ley establece (art. 33, LPTSJ).

3. Surge de las constancias del expediente: a) que el GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario que rechazara el recurso de apelación por él interpuesto; *b)* que la decisión de la Cámara que denegó el recurso de inconstitucionalidad fue notificada al GCBA el 19/12/2006 (fs. 73), y *c)* que la queja fue planteada el 1º/2/2007 a las 1:27 PM, es decir, a las 13,27 horas (fs. 68).

4. El plazo de cinco (5) días para incoar el recurso de queja comenzó a correr el día siguiente hábil al de la notificación, es decir, el miércoles 20/12/2006. Teniendo en cuenta que fueron declarados inhábiles los días 22 y 29 de dicho mes, el término para presentar la queja vencía el jueves 28/12/2006. La posibilidad del presentar el escrito en las dos primeras horas hábiles judiciales siguientes (el denominado "plazo de gracia", art. 108, último párrafo, del CCAyT) se cumplió a las 11,00 horas del 1º/2/2007. De tal forma, el recurso presentado a las 13:27 horas (ver cargo inserto en fs. 68) de ese día es extemporáneo.

5. Como ya lo ha señalado el Tribunal, el plazo establecido en el art. 33 de la ley 402 es fatal y perentorio [*in re*: "Bujman, Adela s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Bujman, Adela c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración'", expte nº 2498/03, 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 nº 3007/04, resolución del 12/8/2004). A igual solución se arriba si se aplica lo dispuesto por el art. 137, CCAyT (conf. art. 2º, ley 402).

6. La actuación tardía de la parte recurrente determina el rechazo de la queja de fs. 60/68.

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

Adherimos al voto de nuestro colega, el juez Luis F. Lozano.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el señor Fiscal General Adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja planteada por el GCBA a fs. 60/68.

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

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

LXI

"LETAL S.R.L. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'LETAL S.R.L. C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)'"

REGULACIÓN DE HONORARIOS PROFESIONALES:
Oportunidad de regulación. Base regulatoria.

SUMARIOS:

1. La regulación de honorarios por la intervención cumplida ante el Tribunal Superior de Justicia puede quedar diferida cuando no resulta posible aplicar los porcentajes previstos en las normas arancelarias porque la base regulatoria no está firme. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante ver voto de los señores jueces José O. Casás, Julio B. J. Maier y Luis F. Lozano).*

2. El art. 14 de la ley 21.839 sólo expresa los porcentajes previstos para la regulación por las actuaciones en la alzada, que se refieren a la cantidad que deba fijarse para los honorarios de primera instancia, y no a la que en concreto se haya fijado. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

3. Las bases de la regulación resultan comunes a todas las instancias y, debido a ello, resolver en ésta con carácter previo a que sea emitida una decisión que ya no pueda ser revisada en las anteriores, conduciría a frustrar el sistema sustituyéndolo por una decisión adoptada en instancia originaria. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. nº 3894/05 - 9/4/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El abogado Miguel A. Sánchez Maríncolo, letrado apoderado de la parte actora en los autos principales, solicitó la regulación de sus honorarios "en la sustanciación de la queja". Ofreció como prueba los autos principales caratulados "Letal S.R.L. c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)", que tramitan en primera instancia bajo

el nº 5571/0 y el expediente "Comisión Municipal de la Vivienda c/Asociación Club Social y Deportivo Savio 80 s/desalojo", expte. nº 4559/0, del registro de primera instancia (fs. 77/79 vta.).

Requerido por el señor juez de trámite que manifieste si fueron regulados sus honorarios por la actuación en las instancias anteriores (fs. 81), expresó que no (fs. 83). Por providencia del juez de trámite se llamaron los autos al acuerdo para resolver la petición (fs. 84).

Mediante un escrito posterior, el letrado ratificó y amplió su respuesta y reiteró el ofrecimiento probatorio (fs. 85/88 vta.).

2. En el Acuerdo del 14/11/2007, el Tribunal, por mayoría, dispuso requerir al Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nº 1, la remisión de los autos principales caratulados "Letal S.R.L. c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)", que tramita bajo el nº 5571/0, y del expediente "Comisión Municipal de la Vivienda c/Asociación Club Social y Deportivo Savio 80 s/desalojo", que tramita bajo el nº 4559/0 (fs. 89).

Recibido el expediente "Letal S.R.L. c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)" (expte. nº 5571/0) y en atención a lo informado por el juez de primera instancia en cuanto a la imposibilidad momentánea de remitir a este Tribunal los autos "Comisión Municipal de la Vivienda c/Asociación Club Social y Deportivo Savio 80 y otros s/desalojo" (expte. nº 4559/0) por encontrarse en trámite de notificación de la sentencia, el juez de trámite dispuso requerir al magistrado el envío de las actuaciones una vez concluida dicha diligencia (fs. 93); lo que se notificó al doctor Sánchez Maríncolo (fs. 95/ vta.).

En una nueva presentación, el letrado manifestó que en la sentencia dictada en la causa "Comisión Municipal de la Vivienda c/Asociación Club Social y Deportivo Savio 80 y otros s/desalojo" se regularon sus honorarios, pero que ese expediente, cuya remisión fuera requerida al juez de primera instancia, no guarda relación con su actuación en esta queja. También planteó que el expediente "Letal S.R.L. s/amparo", que ya fue recibido por el Tribunal, tampoco tiene relación con la labor que ha desarrollado en autos y por la que requiere la regulación de sus honorarios (fs. 96).

Por providencia del juez de trámite se señaló que el primer planteo era contradictorio con otras afirmaciones del letrado efectuadas en anteriores escritos (fs. 77/79 vta. y fs. 85/88 vta.) en los que se refirió a ese juicio y lo ofreció como prueba a los fines de la regulación que solicita. En tanto lo manifestado a fs. 96 exponía su falta de interés en esa prueba, se la tuvo por desistida y se dejó sin efecto el pedido de remisión de esos autos que oportunamente se dirigiera al juzgado de primera instancia (fs. 89, 90, 93, 94). En cuanto al segundo planteo, se dispuso que en oportunidad de dictar sentencia se evaluaría lo expresado por el letrado. Asimismo se llamaron los autos al acuerdo (fs. 97).

3. Notificado de esa providencia (fs. 99), el abogado Miguel A. Sánchez Maríncolo efectuó otra presentación (fs. 100 y vta.) en la que expresó:

a) que, al ofrecer como prueba el expediente "Comisión Municipal de la Vivienda c/Asociación Club Social y Deportivo Savio 80 y otros s/ desalojo", tuvo en miras "que mediante la documentación original que se había presentado en ese expte. y se repitió en el 'amparo' se podría acreditar el posible contenido patrimonial que involucraba y acreditaba el interés afectado de Letal S.R.L.";

b) que no desistió de esa prueba, pues ella puede determinar o posibilitar la determinación del "contenido patrimonial del interés de Letal S.R.L. que ha sido materia de defensa en el ordinario, en el amparo y en la presente queja";

c) en consecuencia, solicitó que se le autorice a acompañar copias certificadas de esa prueba para acreditar el contenido patrimonial del interés de Letal S.R.L., que tiene trascendencia para la regulación peticionada al Tribunal;

d) en cuanto al juicio de amparo, peticionó que sea devuelto a primera instancia pues ha apelado la regulación de honorarios que le efectuara el juez de grado, y está pendiente de trámite.

Para considerar lo peticionado, se dispuso el pase de autos al acuerdo (fs. 101).

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. El escrito de fs. 100 y vta., presentado el segundo día posterior a la notificación que se efectuara al doctor Sánchez Maríncolo de la providencia de fs. 97, intenta que se revise lo allí dispuesto.

Sin emitir juicio sobre si resulta admisible (o no) el recurso de reposición intentado ante la ausencia de una disposición legal expresa en la ley 402 que prevea esta vía impugnativa contra las decisiones del juez de trámite, resulta claro que la providencia cuestionada fue dictada en un todo de acuerdo a lo peticionado por el letrado, quien consideró, en su escrito de fs. 96, que lo decidido en la causa "Comisión Municipal de la Vivienda c/Asociación Club Social y Deportivo Savio 80 y otros s/desalojo" —cuya remisión fuera requerida al juez de primera instancia— "ninguna relación guardan con lo que me he permitido peticionar en este proceso".

En consecuencia, cualquier agravio que el peticionante pudiera ahora invocar, no ha sido ocasionado por la decisión de fs. 97 que, en atención a lo expresado por el doctor Sánchez Maríncolo, tuvo por desistido el ofrecimiento de aquel expediente como prueba, sino que se origina en su propia conducta anterior. El remedio intentado por el letrado pone en evidencia una contradicción con sus propios actos anteriores, deliberados, jurídicamente relevantes y plenamente eficaces. Así entonces, en atención al principio *venire contra factum proprium non valet* —receptado tempranamente por el Tribunal cimero *in re*: "Don Francisco Arigós c/D. Francisco Villanueva, por cobro ejecutivo de pesos", sent. del 8/4/1869, *Fallos,* 7:138— las peticiones formuladas a fs. 100 y vta. deben ser desestimadas.

2. Sentada la secuencia fáctica antecedente, cabe ahora adentrarse en el tratamiento del pedido de regulación de honorarios efectuado por el doctor Sánchez Maríncolo por su actuación en autos. En punto a ello, el letrado peticionante manifiesta a fs. 78 que "dada la naturaleza y la forma en que ha concluido el presente proceso de queja, resulta de aplicación la disposición expresa del art. 20 de la Ley de Arancel (...) en cuanto determina los parámetros a que deben ajustar la regulación de los honorarios profesionales: 'cuando el honorario debe regularse sin que se hubiere dictado sentencia ni sobrevenido transacción, se considerará el monto del proceso...'". A fs. 83 reitera su pedido afirmando que "el supuesto de autos no se encuentra limitado y ceñido a las disposiciones del art. 14 de la ley de aranceles". A fs. 96 expresa que se han regulado sus honorarios por la actuación en el proceso principal al que corresponde esta queja, "Letal S.R.L. c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)", expte nº 5571/0, los que han sido apelados por él. Finalmente, a fs. 100 pide que se devuelva el expediente principal al juzgado interviniente para la tramitación de su apelación.

3. Cabe destacar que las dos acciones intentadas por el actor (amparo y declarativa de certeza) fueron desestimadas mediante sendas sentencias de primera instancia que han devenido firmes (véase la reseña efectuada en el punto 2 de mi voto en la sentencia de fs. 46/49).

Así entonces, más allá de las alegaciones reseñadas en el punto 2 precedente, considero prudente diferir la regulación de los honorarios solicitada hasta tanto la resolución de primera instancia que reguló sus honorarios en los autos principales se encuentre firme, de manera que permita establecer la cuantía de los montos que correspondan a la queja (conf. art. 14 de la ley 21.839). En consecuencia, el peticionante deberá acompañar, oportunamente, copia autentica de esa decisión.

A los fines señalados en el párrafo anterior, corresponde devolver a primera instancia el expediente principal.

Así lo voto.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

Adhiero al voto de mi colega, el juez José O. Casás.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Como señalé en anteriores oportunidades, la actividad de los profesionales en segunda o ulteriores instancias, a los fines arancelarios, se rige por el art. 14 de la ley 21.839: "se regulará (...) del 25 al 35 % de la cantidad que deba fijarse para los honorarios de primera instancia", teniendo presente las pautas establecidas por el art. 6º de la ley 21.839.

El abogado Miguel A. Sánchez Maríncolo manifestó (fs. 96) que apeló la regulación de honorarios practicada en primera instancia por su actuación en los autos principales caratulados "Letal S.R.L. c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)".

Dado que no se encuentra firme la resolución de primera instancia que reguló los honorarios del letrado en el proceso principal, no resulta posible aplicar

los porcentajes mencionados en el art. 14 de la ley 21.839 para cuantificar los que corresponden a su intervención ante el Tribunal. El doctor Maríncolo deberá oportunamente presentar copia auténtica de la decisión que proporcione una base firme para realizar el cálculo.

Por ello, tal como lo indica el señor juez de Trámite, resulta prudente diferir la regulación de honorarios solicitada hasta tanto el peticionante acompañe los elementos que, a estar a la norma citada precedentemente, permitirán efectuarla. Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

Como he sostenido en diversas oportunidades ("Spisso, Rodolfo R: s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Spisso, Rodolfo R. C/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA]'", expte. nº 1066/01, resolución del 19/3/2003, entre otros) el art. 14 de la ley 21.839 no presenta óbice alguno para la regulación de honorarios solicitada, a pesar de que no exista regulación de honorarios en primera instancia, o como sucede en este caso, la misma no se encuentre firme. Su texto sólo expresa un porcentaje sobre lo que debería fijarse para los honorarios de primera instancia, de manera tal que, quien pretenda seguir la regla, puede regular honorarios no bien funde el valor original de este honorario en primera instancia.

Como ha sostenido la Corte Suprema en *Fallos,* 308:2022, "los porcentajes previstos por el art. 14 de la ley 21.839 para la regulación por las actuaciones en la alzada, aparecen referidos a la cantidad que 'deba fijarse para los honorarios de primera instancia y no a la que, en concreto, se haya fijado'".

Así entonces, considero que corresponde atender la regulación de honorarios solicitada. Sin embargo, dado que mi opinión en este sentido ha quedado en minoría, ello me releva de efectuarla.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Aun cuando no existe un impedimento legal específico para regular honorarios por los trabajos cumplidos en esta instancia con independencia de que se hayan o no regulados en otras, tal como lo señala la doctora Ana María Conde en su voto, estimo que en el *sub lite* subsiste, en ausencia de razones que conduzcan a esa regulación directa, la necesidad de diferir el pedido efectuado por el doctor Miguel A. Sánchez Maríncolo hasta tanto se disponga de una decisión de lo los jueces de mérito acerca de dicho punto, firme o apelada ante este Tribunal. Ello así, porque las bases de la regulación resultan comunes a todas las instancias y, debido a ello, resolver en ésta con carácter previo a que sea emitida una decisión que ya no pueda ser revisada en las anteriores, conduciría a frustrar el sistema de instancias sustituyéndolo por una decisión adoptada en instancia originaria.

2. Lo expuesto torna inoficioso un pronunciamiento con relación a la presentación de fs. 100/100 vta.

Por ello, voto por diferir la resolución requerida por el doctor Maríncolo mientras no se produzca alguna de las situaciones consignadas en el punto 1.

Por ello, y por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Diferir* la regulación de honorarios solicitada a fs. 77/79 vta. por el doctor Miguel A. Sánchez Maríncolo hasta tanto quede firme la regulación practicada en primera instancia.

2º. *Devolver* al juzgado de origen el expte. nº 5571/0 "Letal S.R.L. c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)".

3º. *Mandar* que se registre, notifique y cumpla.

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

XLII

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

RECURSO DE QUEJA. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Sentencia equiparable a definitiva. Denegatoria del fuero federal. Derecho público local. Metrovías. Contrato de concesión. Poder de policía. COMPETENCIA: Fuero contencioso administrativo y tributario local. Autonomía de la Ciudad de Buenos Aires.

SUMARIOS:

1. Las decisiones en materia de competencia, por regla, no son sentencias definitivas pero resultan equiparables a tales cuando media denegatoria del fuero federal. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante ver voto de los señores jueces José O. Casás y Luis F. Lozano).*

2. Los actos administrativos de la Administración pública porteña deben ser cuestionados ante el Poder Judicial del mismo Estado local, máxime cuando se trata de una relación de derecho público local, como lo es el ejercicio del poder de policía. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante ver voto del señor juez José O. Casás).*

3. El Poder Judicial de la CABA tiene competencia para entender en las acciones judiciales que cuestionen actos dictados por el Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la CABA. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

4. En el recurso extraordinario federal interpuesto no se ha demostrado que la decisión cuestionada relativa a la validez o invalidez del acto administrativo de

carácter local verse sobre materia federal, remita a la aplicación de normas federales, o requiera, de modo principal interpretar el contrato de concesión y su cumplimiento. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

5. Los poderes de la Nación y los de las entidades políticas locales con facultades propias de legislación y jurisdiccionales conviven sobre el mismo territorio, aun el de la Capital Federal, cuya Legislatura es la de la Ciudad y no el Congreso de la Nación, y prevalece el poder de la Nación cuando está previsto como privativo o cuando por razones de hecho, el ejercicio superpuesto es imposible. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

6. Entre una multa retributiva, impuesta en sede local, y las sanciones disponibles para la autoridad nacional, destinadas a asegurar el funcionamiento del servicio público conforme a las condiciones que habilitan su prestación, no se verifica la identidad exigida para tener por configurado un supuesto de doble sanción ilegítima, que pudiera dar sustento a la pretensión de aplicar la competencia federal. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

7. El argumento dirigido a equiparar a sentencia definitiva la denegatoria del fuero federal no es viable en el marco del recurso de inconstitucionalidad regulado en los arts. 27 a 32 de la ley 402, a diferencia de lo que ocurre a los efectos de la admisibilidad del recurso extraordinario federal. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante ver voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

8. La equiparación a sentencia definitiva sólo se justifica cuando la decisión recurrida sustrae definitivamente la causa de la jurisdicción local, supuesto que no se cumple cuando la sentencia cuestionada declara que la justicia del fuero contencioso administrativo y tributario de la Ciudad es competente para entender en el proceso. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante ver voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

9. La sentencia que resuelve un problema de competencia, ya por incidente, ya de oficio, cuando quien lo decide tiene facultad para ello, no es, en caso alguno o, cuando menos, por regla, una sentencia definitiva; y no lo es tampoco, cuando el problema de competencia consiste en el entrecruzamiento de dos jurisdicciones distintas, por ejemplo, la de los tribunales de la CABA frente a los tribunales nacionales, de una provincia frente a los de otra o de una provincia frente a tribunales nacionales o federales. *(Voto en disidencia del señor juez Julio B. J. Maier).*

Expte. nº 5428/07 - 9/4/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La empresa Metrovías S.A. dedujo mediante apoderados, recurso directo de apelación ante la Cámara CAyT de la Ciudad (fs. 10/37) contra la resol. 69-EURSP-CABA/06 emitida por el Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad

Autónoma de Buenos Aires, por considerar que "la misma es nula de nulidad absoluta y manifiesta por adolecer de vicios esenciales en su competencia (...) en su causa y en su procedimiento, así como por violar el principio del 'respeto de los propios actos' y los correspondientes al Derecho Administrativo Sancionador...". Señala que si bien se presenta conforme lo exige el art. 21 de la ley 210 —reguladora del Ente Único Regulador de los Servicios Públicos—, solicita como cuestión de previo y especial pronunciamiento la declaración de incompetencia del fuero Contencioso Administrativo de la Ciudad y que se giren las actuaciones a la Justicia Federal en lo Contencioso Administrativo. Considera que mientras la resolución cuestionada sanciona a Metrovías por supuestos incumplimientos del Contrato de Concesión, el art. 23 del propio Contrato de Concesión establece que a los efectos derivados del contrato, las partes se someten a la jurisdicción Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal, con exclusión de otro fuero o jurisdicción.

Asimismo, solicita la citación del Estado Nacional —por considerar que la Concesión de la que es titular es una Concesión Nacional de Carácter Federal—, y la suspensión de los efectos administrativos requiriendo la suspensión de la resolución en crisis conforme el art. 189, CCAyT.

2. La Sala II de la Cámara CAyT destacó que la causa versa sobre la impugnación de un acto administrativo emanado de una autoridad administrativa del Estado local, por lo que consideró que el planteo de incompetencia debía ser rechazado. Con relación a la medida cautelar solicitada, decidió concederla y en consecuencia suspender los efectos de la resol. 69-EURSPCABA/06 (fs. 39/41).

3. Contra esa decisión Metrovías interpuso recurso de reposición; reiteró sus argumentos respecto de la competencia del fuero federal y destacó que la resolución dictada por la Cámara no se expidió sobre el pedido de citación al Estado nacional (fs. 42/48). La Cámara resolvió no hacer lugar al recurso de reposición por entender que Metrovías no logró refutar los argumentos de la sentencia atacada, y que no habiéndose habilitado la instancia judicial, el pedido de citación a terceros debía proveerse y sustanciarse en el momento oportuno.

4. Frente al rechazo del recurso de reposición, Metrovías planteó un recurso de inconstitucionalidad (fs. 50/58), que fue denegado por la Cámara (fs. 60/61) por considerar que la resolución recurrida no constituye sentencia definitiva y que no se trata de un supuesto en que se halle controvertida la interpretación de un precepto constitucional o la validez de una norma o acto bajo la pretensión de ser contrarios a aquélla.

5. Metrovías dedujo el recurso de queja previsto en el art. 33 de la ley 402 (fs. 603/614). Requerido su dictamen, el Fiscal General Adjunto propuso el rechazo del mismo (fs 620/622).

6. A fs. 624 se corrió traslado al Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad de Buenos Aires del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por Metrovías S.A. por el plazo de 10 días, el que no fue contestado (ver. fs. 627).

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. El recurso de queja interpuesto por Metrovías fue deducido en legal tiempo y forma (art. 33, LPTSJ) y, como veremos a continuación, cuestiona una sentencia equiparable a definitiva y plantea adecuadamente un caso constitucional, lo que justifica la apertura de la queja y el tratamiento del pertinente recurso de inconstitucionalidad.

a) Si bien, por regla general, las decisiones en materia de competencia no constituyen sentencia definitiva, aquellas resoluciones que deniegan el *fuero federal* —supuesto distinto a la denegatoria del *fuero nacional ordinario*— constituyen sentencias equiparables a definitivas, como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en diversos fallos (*Fallos,* 281:311; 303:235; 303:1542; 304:1154; 306:2101; 311:430, 605 y 1232, entre otros).

b) Asimismo, en cuanto a la configuración del "caso constitucional" requerido por el art. 27 de la ley 402, la recurrente cuestiona la aplicación al caso del art. 21 de la ley 210, y considera que la decisión de la Cámara afecta sus derechos constitucionales a la defensa en juicio y el debido proceso (arts. 18, C.N. y 13, CCBA), porque contradice lo dispuesto por el art. 23 del contrato de concesión. Su esfuerzo argumental, si bien no es contundente —como veremos más adelante—, es suficiente para ser tratado en esta instancia, ya que obliga a expedirse sobre la garantía constitucional del "juez natural", piedra angular del debido proceso.

2. En cuanto al recurso de inconstitucionalidad, como cuestión liminar cabe diferenciar claramente dos cuestiones: *a)* la competencia del ente regulador para dictar el cuestionado acto administrativo sancionatorio, y *b)* la competencia de la Justicia local para entender en el presente caso.

En esta oportunidad no corresponde emitir opinión alguna sobre *a)* si el ente regulador era o no competente para sancionar a Metrovías por el incumplimiento de obligaciones asumidas como operador del servicio público de transporte subterráneo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ya que ello se dilucidará al dictar la sentencia definitiva, de manera tal que *a los efectos de resolver el presente recurso ninguna incidencia tiene, y por ende no corresponde analizar la normativa local y federal referida al poder de policía en la citada materia.*

En esta instancia lo que debemos determinar es *b)* cuál es el juez competente para tramitar la pretensión deducida en autos, y lo que determinará dicha competencia es la forma en que fue planteada la pretensión, que es la que fija el *objeto* del proceso (conf. Palacio, Lino E.: *Manual de derecho procesal civil*, 17ª ed. actualiz, LexisNexis, Buenos Aires, 2003, p. 194; art. 5º, CPCCN, ley ritual aplicable en el fuero federal que ambiciona la recurrente).

Y la pretensión deducida por Metrovías se orienta a obtener la declaración de nulidad de la resol. 69-EURSPCABA/06 emitida por el Ente Único Regu-

lador de Servicios Públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por distintos defectos que individualiza (ver fs. 10).

3. Tal como ha sido planteada dicha pretensión, resulta aplicable el art. 21 de la ley 210, que establece, en lo pertinente, que "las decisiones de naturaleza jurisdiccional del Ente y sus actos sancionatorios son apelables (...) mediante recurso directo ante la Cámara en lo Contencioso Administrativo de la Ciudad...".

Por otra parte, el art. 48 de la ley 7 —Ley Orgánica del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires— establece que la justicia en lo Contencioso Administrativo y Tributario entenderá en todas las cuestiones en que la Ciudad sea parte, cualquiera fuera su fundamento u origen, tanto en el ámbito del derecho público como del derecho privado.

La ley 189 precisa el alcance de esta disposición, al determinar que "Son causas contencioso-administrativas a los efectos de este Código todas aquellas en que una autoridad administrativa, legitimada para estar en juicio, sea parte..." (art. 2º), y "Se consideran autoridades administrativas de la Ciudad de Buenos Aires *la Administración pública centralizada,* desconcentrada y *descentralizada*, los órganos legislativo y judicial de la Ciudad de Buenos Aires, en ejercicio de la función administrativa y los entes públicos no estatales o privados en cuanto ejerzan potestades públicas otorgadas por las leyes de la Ciudad de Buenos Aires" (art. 1º —el destacado no se encuentra en el original—). El Ente Único Regulador de Servicios Públicos se encuentra alcanzado por estas normas, ya que es un ente autárquico, integrante de la Administración pública descentralizada (conf. art. 1º de la ley 210).

Es decir, tanto la ley especial (ley 210) como las leyes generales (ley 7 y 189) le confieren competencia a la justicia en lo contencioso Administrativo local para entender en aquellas causas en las que se cuestionan decisiones del Ente Único Regulador de Servicios Públicos, y ello es conteste con la forma de estado federal consagrada en la Constitucional Nacional (art. 1º, C.N.) y el respeto a la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires (art. 129, C.N.), disposiciones en virtud de las cuales aquellos actos administrativos de la Administración Pública porteña deben ser cuestionados ante el Poder Judicial del mismo Estado local, máxime cuando se trata de una relación de derecho público local, como lo es el ejercicio del poder de policía.

4. No obsta a dicha conclusión lo pactado en el art. 23 del contrato de concesión, según el cual "A todos los efectos derivados del presente Contrato las partes se someten a la jurisdicción de los Tribunales del Fuero Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal, con exclusión de todo otro fuero o jurisdicción".

En primer lugar, dicho contrato de concesión fue firmado por el Estado Nacional —a través de su Ministro de Economía y Obras y Servicios Públicos—, en calidad de concedente, y Metrovías S.A., en calidad de concesionaria. Y como lo consagran las normas referidas a los contratos contenidas en el Código Civil, aplicables analógicamente a la contratación administrativa, el Estado nacional y

Metrovías son las partes del contrato, y sólo a ellas pueden obligar las cláusulas del mismo (conf. art. 1197, Cód. Civil), sin que puedan oponerse a terceros ajenos al contrato, como lo es la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (conf. art. 1199, Cód. Civil).

La intervención que ha tenido en el contrato la ex Municipalidad de la Ciudad, a través del por entonces Intendente Municipal, ha sido la de mero espectador, por lo tanto, y al no ser parte, no ha tenido facultad jurídica ni para modificar, ni para aceptar, ni para rechazar ninguna cláusula del mismo, lo cual no genera compromiso alguno a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en su carácter de continuadora de la ex Municipalidad, en lo relativo a la ámbito jurisdiccional acordado.

Y en segundo lugar, luego de la firma del contrato de concesión (el 25/11/1993), fueron dictadas la reforma la Constitución Nacional (en 1994) y la sanción de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en 1996), que operaron un cambio fundamental en el esquema federal, con la consagración de la autonomía porteña. Ello significó conferirle a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la facultad de organizar sus propias instituciones, y en tal sentido creó su Poder Judicial y le precisó el ámbito de su competencia, entre la que se encuentra entender en las acciones judiciales que cuestionen actos dictados por el Ente Único Regulador de Servicios Públicos.

5. Por todo lo expuesto, voto por admitir la queja y rechazar el recurso de inconstitucionalidad.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Las resoluciones que deciden cuestiones de competencia, por regla, no constituyen sentencia definitiva a los efectos del recurso de inconstitucionalidad. En cambio, es equiparable a tal, la resolución que suponga sustraer una causa de la jurisdicción local (conf. TSJBA *in re* "GCBA c/Soto, Alberto Sabino s/recurso de queja s/sumarísimo", expte. nº 726/00, resolución del 21/3/2001). También lo sería aquella que importe la denegatoria del fuero federal, porque su eventual revisión por la CSJN en la vía extraordinaria, exige que el debate sobre el punto fenezca ante el Superior Tribunal de la jurisdicción local (*Fallos,* 306:480 y 311:2478).

Desde su primer presentación, Metrovías S.A. postuló la competencia del fuero nacional en lo Contencioso Administrativo Federal para intervenir en autos, planteo que fue rechazado por la resolución de fs. 39/41 y que, ante la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad articulado en su contra, originó esta queja. Así entonces, por estar controvertido un pronunciamiento que denegó el fuero federal invocado por la actora, corresponde equiparar esa sentencia a una definitiva, admitir la queja y resolver el recurso de inconstitucionalidad de fs. 50/58.

2. Ante todo, cabe recordar que, a los efectos de dilucidar cuestiones de competencia, debe atenderse a la exposición de los hechos que el actor hace en la demanda, y después, sólo en la medida que se adecue a ellos, el derecho que se invoca como aplicable al caso (conf. mi voto *in re* "Auditoría General de la Ciudad

Autónoma de Buenos Aires c/Coordinación Ecológica Área Metropolitana Sociedad del Estado (CEAMSE) s/acción meramente declarativa", expte. nº 3944/05, resolución del 30/11/2005 y *Fallos,* 324:2031 entre muchos otros).

En el *sub lite* la recurrente articuló el recurso directo previsto por el art. 23 de la ley 210, a fin de impugnar la resol. 69-EURSPCABA/06, por medio de la que el Ente Único Regulador de los Servicios Públicos de la CABA había sancionado a Metrovías S.A. con una multa de $9.300 por incumplimientos constatados en los plazos de reparación de la escalera mecánica de la estación Boedo, durante los períodos que identificó, y bajo la invocación de los arts. 2º, 3º, 20 y 22 de la ley 210, arts. 15 y 16 de la ley 757 y art. 47 de la ley 24.240. Para lo que ahora importa, solicitó como cuestión de previo y especial pronunciamiento la declaración de competencia de los "tribunales federales en tanto (...) son ellos quienes deben analizar el cumplimiento o incumplimiento del Contrato de Concesión" (fs. 52). También requirió la citación del Estado nacional y objetó la validez de la resolución 69/2006, entre otros motivos, por ausencia de competencia del órgano emisor para imponer la sanción allí dispuesta. Finalmente pidió el dictado de una medida cautelar para suspender los efectos de la resolución impugnada (fs. 10/37).

3. Por su parte, también corresponde señalar que a fin de decidir la radicación de las causas en las que estuviera de algún modo involucrado el servicio de subterráneos que opera en esta ciudad, cuando la competencia quedara disputada entre la justicia de la CABA y la federal, la CSJN tiene dicho que corresponde intervenir a esta última si "(...) a los efectos de resolver la pretensión de la actora, será necesario examinar las disposiciones que rigen la concesión del servicio y verificar el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la demandada" [en el caso, la concesionaria] (*Fallos,* 328:2716).

Bajo las pautas enunciadas, que por lo demás coinciden con las que había establecido este Tribunal —aunque luego el precedente fuera revocado al diferir la CSJN en cuanto a su aplicación a los hechos de la controversia, por los alcances que ese estrado atribuyó a la pretensión en juego—, corresponde resolver los planteos formulados (conf. TSJBA *in re* "Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado" en: "Asociación Vecinal Belgrano 'C' Manuel Belgrano y otros c/GCBA y otro s/amparo", expte. nº 1201/01, resolución del 10/9/2003).

4. En autos se controvierte, según la exposición de los hechos formulada por Metrovías S.A., la validez de un acto administrativo emanado del EURSP de la CABA que buscó apoyo en normas de carácter local y en el régimen que la ley 24.240 regula para ser aplicado por las provincias y la CABA (fs. 604).

En efecto, para lo que ahora importa, la resolución impugnada para arribar a la sanción en cuestión, analizó "los alcances del poder de policía local sobre los servicios públicos" que según explicó, en la visión tradicional, se proyectan "en materia de moralidad, de salubridad y de seguridad". A su vez, señaló que en relación con "la defensa y protección de los derechos de (...) usuarios y consumidores, de la competencia y del medio ambiente" el Ente podría actuar "en forma concurrente

con otras jurisdicciones". También pasó revista de la normativa local que enmarca las funciones de policía de la CABA y las del órgano regulador (v. gr. arts. 80, 46, 104 y 138 de la CCBA y leyes 210, 757 y 899), en especial recordó que la Ley de Defensa del Consumidor establece en su art. 41 que "las provincias y la Ciudad de Buenos Aires actuarán como autoridades de aplicación local respecto de los hechos sometidos a su jurisdicción". Así, la resolución 69/2006 concluyó que "de la interpretación armónica de la normativa citada surge que al Ente Único Regulador de los Servicios públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (...) le corresponde ejercer ese poder de policía en lo que hace al control, seguimiento y resguardo de la calidad de los servicios públicos" bajo su control porque, además, es autoridad de aplicación de la ley nacional 24.240. También formuló referencias al contrato de concesión así como a las potestades de control que la CABA tendría a su cargo.

Sin embargo, a criterio de la recurrente, el pleito, en razón de la materia y lo dispuesto por el contrato de concesión del servicio, corresponde a la jurisdicción federal. En tal sentido Metrovías S.A., argumentó que "la concesión de la que es titular (...) es una concesión nacional, en la que el Estado Nacional reviste la condición de Concedente y todo el marco normativo que regula la misma se mantuvo en ese ámbito" así como que "el Estado nacional conserva el control de la concesión hasta tanto se cumplan los actos de transferencia a la Ciudad que al presente no se han concretado" (fs. 605). Finalmente, dijo que para analizar la cuestión de fondo sería necesario examinar las disposiciones que rigen la concesión del servicio y verificar el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la demandada, circunstancia que conforme al precedente de la CSJN que cita en su apoyo, correspondería declinar la competencia a favor del fuero federal (606 vta.).

5. A esta altura del proceso, y a los efectos de resolver el planteo de incompetencia, adelanto que los argumentos de la recurrente no logran demostrar que la decisión de autos, vinculada con la validez o invalidez de un acto administrativo de carácter local, verse sobre materia federal, remita a la aplicación de normas federales, o requiera analizar el contrato de concesión y su cumplimiento. Tampoco que controlar el alcance atribuido al poder de policía ejercido mediante la resolución atacada, exceda el ámbito normativo local que el Poder Judicial de la CABA debe aplicar para resolver las controversias sometidas ante sus tribunales (arts. 129, C.N. y art. 106 de la CCBA).

Aunque las escaleras mecánicas permiten acceder al subterráneo, ellas no constituyen en sentido estricto el servicio público que consiste en circular por las vías, y la recurrente omite acreditar cómo la multa de $9.300, impuesta por presuntos desperfectos verificados en esos medios de acceso, afectaría la normal prestación del servicio. Tampoco por qué ese desperfecto no configuraría un hecho sometido a la jurisdicción local a los efectos del poder de policía en general o del régimen organizado por la ley 24.240. La propia Metrovías S.A. relata que la escalera "era sistemática y adecuadamente mantenida por este Concesionario, cuenta con las correspondientes habilitaciones del GCBA y es responsable de su mantenimiento un Controlador profesional especializado, en un todo de acuerdo con las normas

vigentes en la ciudad" (fs. 22 vta. y 23). Por otra parte, si bien Metrovías S.A. postula que todo ejercicio de control sobre el servicio que presta comprometería la interpretación del contrato, sin advertir la diferencia que existe entre interpretar un contrato y ejercer potestades sancionatorias (originadas en el poder de policía o en el régimen de consumidores y usuarios) que toman al contrato como antecedente, no indica de qué modo la resolución del EURSPCABA avanzó sobre la interpretación del contrato de concesión ni por qué idéntica necesidad pesará sobre los jueces que revisen la multa cuestionada.

En realidad, la tesis de la recurrente parecería postular, con carácter absoluto y automático, la repugnancia efectiva entre toda manifestación del poder de policía local que alcance alguna circunstancia conexa al servicio de transporte subterráneo, y las potestades del Estado nacional en su carácter de concedente del servicio aludido. Sin embargo, el planteo formulado —analizada la cuestión bajo las reglas aplicables a los establecimientos de utilidad nacional— para progresar debería demostrar, por un lado, que las potestades concurrentes que invoca la autoridad local, no existen, o que su ejercicio interfiere de modo concreto con la normal prestación del servicio de que se trata. Por otro lado, de todos modos, habría que distinguir entre lo que se refiere a la legitimidad de la sanción y lo que atañe a la competencia del Estado cuyos jueces deben controlar el acto impugnado.

En línea con lo dicho, en ocasión de expedirme sobre la existencia de centros inmunes al poder de policía local sostuve que "los poderes de la Nación y los de las entidades políticas locales con facultades propias de legislación y jurisdiccionales conviven sobre el mismo territorio,[7] aun el de la Capital Federal cuya legislatura es la de la Ciudad y no el Congreso (cláusula transitoria séptima de la C.N.), con excepción de aquellas ocasiones en que un poder está previsto como privativo (imposición aduanera, para la Nación, u organización judicial local, para los gobiernos locales, p. ej.) o cuando, por razones de hecho, el ejercicio superpuesto es imposible, en cuyo caso prevalece el de la Nación (doctrina sentada *in re* "Mc Culloch v. Maryland" [17 U.S. 316, 1819], y recogida por la CSJN en *Fallos,* 240:311; 305:1381; 306:1883; 308:403 y 647; 314:1425; 315:751, entre otros)" (véase mi voto *in re* "Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/inf. falta de habilitación y otros'", expte. nº 4808/06, resolución del 20/12/2006).

6. La recurrente no acredita por qué las cuestiones que involucra este proceso constituirían materia exclusiva de la justicia federal. En particular, Metrovías S.A. no explica por qué la sanción impuesta excedería las atribuciones derivadas del poder de policía propio de la CABA, o cómo la potestad ejercida en el marco de la ley 24.240 quedaría ilegítimamente superpuesta con idéntico control proveniente

[7] *Art. 75 ..., inc. 30* — "...Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines".

de la órbita federal (v. art. 41 de la norma mencionada). Tampoco muestra que el contrato de concesión invocado excluya el control que el legislador nacional reguló en defensa de consumidores y usuarios (cuya aplicación incumbe a autoridades locales), ni que el concedente hubiera ejercido, dentro del marco contractual, una potestad que pueda ser asimilada a la ejercida en la resolución impugnada. Entre una multa retributiva, impuesta en sede local, y las sanciones disponibles para la autoridad nacional, destinadas a asegurar el funcionamiento del servicio público conforme a las condiciones que habilitan su prestación, no se verifica la identidad exigida para tener por configurado un supuesto de doble sanción ilegítima como pretende la recurrente para fundar la competencia federal que reclama (fs. 55). En realidad, su argumento, no resuelve el problema de la competencia sino de la legitimidad de la sanción, esto es, no versa acerca de qué juez debe expedirse sino acerca de cómo corresponde hacerlo. Ello así, las resoluciones de la Comisión Nacional de Regulación del Transporte, vinculadas con la evaluación del "Índice de Calidad de Escaleras Mecánicas" no proyectan consecuencia alguna en torno a la excepción de incompetencia bajo estudio.

Nuevamente, a esta altura cuanto menos, las alegaciones de la recurrente no pasan de ser una invocación genérica del contrato de concesión para reclamar una inmunidad que, en relación con el tema que nos ocupa (v. gr. competencia del Poder Judicial de la CABA para intervenir en autos), no prueba haber recibido ni de la ley ni del contrato y que ella no podría atribuirse. También en este punto, los argumentos que invoca Metrovías S.A. no son conducentes para dirimir la competencia discutida sino, en todo caso, para resolver la pretensión de fondo.

7. El ejercicio de la competencia jurisdiccional aludida, ciertamente no impedirá la revisión de las cuestiones federales que Metrovías S.A. estimara configuradas, mediante el recurso previsto en el art. 14 de la ley 48 que, cumplidos los recaudos pertinentes, permitiría a la CSJN neutralizar desbordes de los poderes locales en desmedro de potestades conferidas al gobierno nacional.

8. En las condiciones indicadas, habiendo puesto la recurrente en tela de juicio un acto administrativo local dispuesto, según el EURSPCABA, en uso del poder de policía conferido por la CCBA, sus leyes reglamentarias, y las normas que regulan los derechos de usuarios y consumidores, no surge de la pretensión esgrimida cuál sería la relación jurídica que involucra al Estado nacional que justifique citarlo al juicio. Por el momento, los argumentos de Metrovías S.A. no muestran que la sanción resistida colida con poderes ejercidos por autoridades nacionales, o que ella pudiera tener impacto sobre eventuales compensaciones a cargo del Estado nacional, como esa parte pretende en su recurso (fs. 607). A este respecto, las críticas de la recurrente, en todo caso, conjeturan perjuicios económicos que no provendrían del ejercicio del poder de policía resistido, sino de uno posterior como lo sería la potestad de ejecutar la multa. En esa oportunidad, corresponderá, si fuera el caso, analizar la existencia de un gravamen concreto que pudiera impactar sobre la competencia de la justicia local para intervenir en el asunto suscitado por la mentada ejecución.

De todos modos, cabe recordar que la jurisdicción local otorgó una medida cautelar que suspende la ejecutoriedad de la sanción y el consiguiente deber de depositar el importe aludido.

Finalmente, ante la ausencia de elementos que permitan conectar los agravios de la actora en relación con la sanción impugnada y la ejecución del contrato de concesión a cargo de Metrovías S.A., pierde sustento la necesidad, invocada por la recurrente, de citar al Estado nacional para que "la sentencia que en el presente caso se dicte, una vez firme, le sea oponible tanto a la Comisión Nacional de Regulación del Transporte (...) como a la Secretaría de Transporte de la Nación (...)" (fs. 57).

En consecuencia, y sin que los fundamentos expuestos impliquen expedirse con un alcance mayor que el requerido para resolver las cuestiones de previo y especial pronunciamiento planteadas por Metrovías S.A., corresponde admitir la queja y rechazar el recurso de inconstitucionalidad.

El juez José O. Casás dijo:

Adhiero a lo expresado en los puntos 1 a 3 del voto de la señora jueza de trámite, doctora Ana María Conde, desarrollos que explican acabadamente los motivos por los cuales corresponde admitir la queja y rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por Metrovías S.A.

En efecto, tal como lo subraya mi distinguida colega, ésta no es la oportunidad para emitir opinión sobre si el Ente Único Regulador de los Servicios Públicos de la Ciudad era o no competente para sancionar a Metrovías por los presuntos incumplimientos que dieron lugar a la multa impugnada. Lo que aquí se dilucida es qué tribunal resulta competente para tramitar la pretensión de autos, que tiene por objeto cuestionar la validez de un acto administrativo emanado de una autoridad administrativa local —resol. 69-EURSCABA/06 del Ente Único Regulador de los Servicios Públicos de la Ciudad—. Y, como fuera destacado, el proceso expresamente previsto a tal fin es aquel dispuesto en el art. 21 de la ley local 210.

Así lo voto.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. La queja presentada por Metrovías S.A. (en adelante, "Metrovías") cumple con sus correspondientes requisitos de tiempo y forma. Sin embargo, no puede prosperar dado que el recurso de inconstitucionalidad al que viene a sostener no se dirige contra una sentencia equiparable a definitiva.

2. La Sala II declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la decisión que no hizo lugar al recurso de reposición articulado por la actora.

Por un lado, los jueces entendieron que la resolución impugnada no era una sentencia definitiva ni podía ser equiparada a tal. A fs. 60 vta. señalaron que "un pronunciamiento que decide un recurso de reposición no puede revestir dicho carácter". Y seguidamente indicaron que "[n]o modifica lo expuesto ninguno de los esforzados argumentos que plantea la recurrente, ni la jurisprudencia citada al

efecto. La invocada supuesta competencia federal tampoco autoriza la equiparación pretendida, en tanto que un pronunciamiento sobre tal materia no puede, en principio, ser considerado definitivo".

Por otra parte, los magistrados expresaron que no se había logrado demostrar y conformar, en forma precisa y detallada, un efectivo caso constitucional.

3. Consideraré inicialmente la crítica que formula la quejosa al primero de los fundamentos del auto denegatorio referidos más arriba, a saber, la falta de sentencia definitiva o equiparable. Ello, por cuanto la ausencia de tal recaudo define el rechazo por el Tribunal del recurso articulado por la accionante.

Metrovías sostiene que la resolución obrante a fs. 60/61 vta. se basa en afirmaciones dogmáticas. Denuncia que la Cámara denegó su recurso por la sola razón de entender que un pronunciamiento que decide un recurso de reposición no puede ser sentencia definitiva o asimilable. Destaca que los jueces no se expidieron realmente sobre los argumentos planteados y las citas efectuadas en el recurso de inconstitucionalidad para fundar el carácter de sentencia equiparable a definitiva que su parte atribuye a la decisión recurrida. Por tal razón, insiste en que el pronunciamiento atacado "*i)* veda la participación de los terceros necesarios en la decisión de las cuestiones fundamentales dentro del proceso y *ii)* veda la competencia de la Justicia Federal, ello según reiterada y uniforme jurisprudencia de la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación" (fs. 611).

4. En primer lugar, conviene indicar que el hecho de que la resolución atacada rechace un recurso de reposición no impide que aquélla pueda ser asimilada a una sentencia definitiva. Sin embargo, la actora no demuestra que la decisión de la Sala II le cause un gravamen de difícil, tardía o insuficiente reparación ulterior que justifique la equiparación que la recurrente invoca.

5. En cuanto a la denegatoria del fuero federal en que Metrovías pretende fundar la equiparación a sentencia definitiva de la sentencia recurrida, dicho argumento no es viable en el marco del recurso regulado en los arts. 27 a 32 de la ley 402. Conforme reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (*Fallos,* 311:1232; 316:3093; 311:605; 307:1831, entre muchos otros), una decisión que deniega el fuero federal es asimilable a sentencia definitiva a los efectos de la admisibilidad del recurso extraordinario federal. Sin embargo, dicha excepción no es aplicable al juicio de admisibilidad formal del recurso de inconstitucionalidad local.

De esta manera, corresponde utilizar aquí el mismo criterio que empleara al votar en las causas "GCBA c/Ledesma, Miguel Ángel s/medida cautelar s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 2314/03, resolución del 5/11/2003, y "Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Laguna, Guillermo Mario c/GCBA y otro s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)'", expte. nº 2330/03, resolución del 11/12/2003, criterio que fuera establecido en autos "GCBA c/Soto, Alberto Sabino s/recurso de queja s/sumarísimo", expte. nº 726/00, resolución del 21/3/2001, en el voto que emitiera conjuntamente con mis colegas la

jueza Ana M. Conde, y los jueces Guillermo A. Muñoz y José O. Casás. En todos los precedentes mencionados sostuve que la equiparación a sentencia definitiva sólo era justificada cuando la decisión recurrida sustraía definitivamente la causa de la jurisdicción local. Este supuesto no se cumple en el caso de autos.

En efecto, la sentencia cuestionada por Metrovías no sustrae definitivamente la causa de la jurisdicción local sino que, por el contrario, declara que la justicia del fuero contencioso administrativo y tributario de la Ciudad es competente para entender en los presentes actuados.

Por lo tanto, la decisión impugnada por la actora no puede equipararse a una sentencia definitiva a los efectos del recurso de inconstitucionalidad.

6. En cuanto a la citación del Estado nacional, pese a sus esfuerzos, la actora no demostró qué gravamen le provoca la decisión de la Cámara de proveer y sustanciar el pedido de citación a terceros en el momento procesal oportuno. Por lo tanto, tampoco en este aspecto puede equipararse el fallo recurrido a una sentencia definitiva.

7. Por lo expuesto, voto por rechazar la queja intentada.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

Adhiero al fundado voto de la jueza Alicia E. C. Ruiz (especialmente los puntos 4 y 5 de sus fundamentos). Sin perjuicio de ello debo agregar que, a mi juicio, las decisiones de la Corte Suprema que amplían el significado de *sentencia definitiva* a decisiones interlocutorias iniciales de un procedimiento judicial, no son correlato de una interpretación correcta del art. 14 de la ley 48. En ese sentido, ya he expuesto múltiplemente que la sentencia que resuelve un problema de competencia, ya por incidente, ya de oficio, cuando quien lo decide tiene facultad para ello, no es, en caso alguno o, cuando menos, por regla, una sentencia definitiva. Y no lo es tampoco, cuando el problema de competencia consiste en el entrecruzamiento de dos jurisdicciones distintas, por ejemplo, la de los tribunales de la CABA frente a los tribunales nacionales, de una provincia frente a los de otra o de una provincia frente a tribunales nacionales o federales (ver mis votos en las causas "GCBA c/Soto, Alberto Sabino s/recurso de queja s/sumarísimo", expte. nº 726/00, resolución del 21/3/2001; "GCBA s/queja por recurso de apelación denegado en 'GCBA c/Empresa Nacional de Correos y Telégrafos [ENCOTESA] s/ejecución fiscal'", expte. nº 1892, sent. del 12/2/2003; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'GCBA c/Osvaldo Buzzetti S.A. s/otras causas donde la autoridad administrativa es actora'", expte. nº 2270, resolución del 11/6/2003; "GCBA c/Ledesma, Miguel Ángel s/medida cautelar s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 2314, sent. del 5/11/2003; "Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Laguna, Guillermo Mario c/GCBA y otro s/daños y perjuicios [excepto resp. médica]'", expte. nº 2330, 11/12/2003; "OSCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Herrero, José Javier c/GCBA s/cobro de pesos'", expte. nº 3195, resolución del 30/3/2005; expte.

nº 4591/06, "Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Rodas, María Antonia c/GCBA y otros s/daños y perjuicios [excepto resp. médica]'", a los que remito por razón de brevedad).

Tampoco se ha argumentado y, por ende, menos intentado probar, que la resolución impugnada le cause a la recurrente un perjuicio irreparable, esto es, imposible o insusceptible de ser subsanado con ulterioridad.

Si no se trata de una resolución con carácter de definitiva (sentencia que resuelve el conflicto planteado por la acción intentada), el recurso de inconstitucionalidad previsto por el art. 113, inc. 3º, CCBA y por el art. 27, LPTSJ (ley 402, Ciudad de Buenos Aires) resulta improcedente. Como consecuencia de lo expuesto, corresponde no hacer lugar a la queja y rechazar el recurso de inconstitucionalidad.

Por lo demás, no se entiende cuál fue la razón para que el actor demandara ante la jurisdicción local —en su caso, ¿prórroga de competencia?—, si de entrada sostenía la competencia de los tribunales federales (¡una excepción a su propia acción!).

Por ello, emitido el dictamen del Fiscal General Adjunto, por mayoría

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Admitir* el recurso de queja interpuesto por Metrovías S.A. y devolver el depósito de fs. 602.

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

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita a la Sala interviniente para que sea agregada a los autos principales.

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

LXIII

"ASOCIACIÓN DE EMPLEADOS DEL PODER JUDICIAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES C/GCBA S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD"

ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD: Excusación del representante del Ministerio Público. Ley Orgánica del Ministerio Público (ley 1903 y su modif. ley 2386). Vista al fiscal.

SUMARIOS:

1. La excusación sólo puede ser propuesta por el magistrado o funcionario que pretende apartarse de intervenir en un expediente y no por las partes. *(Voto de*

la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante ver voto de los señores jueces Luis F. Lozano, José O. Casás, Julio B. J. Maier y Alicia E. C. Ruiz).

2. La recusación del "órgano" Ministerio Público es un supuesto que no está previsto en la ley procesal. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante ver voto de los señores jueces Luis F. Lozano, José O. Casás, Julio B. J. Maier y Alicia E. C. Ruiz).*

3. La ley 402, reglamentaria de los distintos procedimientos ante el Tribunal Superior de Justicia, entre los cuales se encuentra la acción declarativa de inconstitucionalidad, sólo prevé dar intervención al señor Fiscal General una vez producido el examen de admisibilidad por el Tribunal respecto de la acción (art. 21), circunstancia que no obsta a que se le confiera dicha vista, cuando se considere pertinente en virtud de las peculiaridades del planteo constitucional *(Voto del señor juez José O. Casás).*

4. Los jueces de trámite tienen libertad para correr vista al fiscal en forma previa a decidir sobre la admisibilidad de la acción declarativa de inconstitucionalidad, cuando lo consideren necesario. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

5. La vista al Fiscal prevista en el art. 21, párr. 4 de la ley 402 resulta obligatoria. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

6. Respecto de la admisibilidad o inadmisibilidad de las acciones declarativas de inconstitucionalidad no corresponde correr vista al Ministerio Público pues las acciones del art. 113, inc. 2º, CCBA no dan lugar a procesos adversariales, en los cuales las partes se enfrentan en el marco de una controversia que expresa intereses opuestos. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

7. La acción declarativa de inconstitucionalidad involucra conflictos normativos, donde los jueces están llamados a decidir si la norma impugnada por la actora se adecua o no a los principios, reglas o preceptos de la C.N. y/o de la CCBA. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 5852/08 - 14/4/2008

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

A fs. 178/192 la Asociación de Empleados del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires interpuso la acción prevista en el art. 113, inc. 2º de la CCBA para que se declare la inconstitucionalidad y pérdida de vigencia de los: *a)* art. 20 (incs. a], b], c], d], e], g], h], i], j], k], l], m], n] y o]), ley 2386 en tanto modifica los arts. 2º (incs. 3º a 6º), 20 (incs. 3º, 9º, 12 y 13), 29 (incs. 1º y 2º), 30 (incs. 1º a 3º) y 31, inc. 6º, respectivamente de la ley 31; *b)* art. 5º, ley 2386 en tanto reforma los art. 3º, art. 18 (incs. 3º, 4º, 5º, 6º) de la ley 1903; *c)* art. 6º, ley 2386 en tanto modifica el art. 21 (incs. 1º y 2º) ley 1903; *d)* art. 8º, ley 2386 en tanto modifica el

art. 23, ley 1903; *e)* art. 10, ley 2386 en tanto modifica el art. 25, ley 1903, y *f)* art. 5º, ley 2386 en tanto modifica el art. 28, ley 1903, respectivamente.

Además en el escrito inicial, punto 9, la actora solicita al Tribunal que "aparte de cualquier vista" al Ministerio Público puesto que la acción entablada involucra "directamente" su actividad y designe "—eventualmente— un Procurador Fiscal *ad hoc*" (fs. 192).

FUNDAMENTOS:

La jueza Ana María Conde dijo:

1. En el escrito de demanda, bajo el acápite "9. Excusación obligada del representante del Ministerio Público", el actor expresa textualmente que "[e]n tanto la presente acción involucra directamente la actividad del Ministerio Público, corresponde que V.E. aparte de cualquier vista que corresponda arbitrarle, designándose —eventualmente— un Procurador Fiscal *ad hoc,* de la lista que disponga el Superior Tribunal a tal efecto" (fs. 192).

Es claro que una "excusación" sólo cabe ser propuesta por el magistrado o funcionario que pretende apartarse de intervenir en un expediente y no por las partes. De otro lado, si se considera lo expresado por el actor como una recusación, es notorio que, en primer lugar, carece de la fundamentación concreta que exige el art. 15 del CCAyT (aplicable por la remisión que autoriza el art. 2º de la ley 402). En segundo lugar, en tanto se dice literalmente que "la presente acción involucra directamente la actividad del Ministerio Público", la pretensión encierra la recusación del "órgano" (Ministerio Público), supuesto que no está previsto en la ley procesal. En tercer lugar, el apartamiento de sus representantes atentaría contra el ejercicio de las funciones que la Constitución ha puesto a cargo del Ministerio Público (art. 125, CCBA), máxime cuando no está previsto, ni en la Constitución ni en la ley, ningún sistema de reemplazo como el que sugiere el actor.

En razón de lo expuesto considero que la petición debe ser rechazada *in limine* (art. 15, CCAyT).

2. Sentado lo anterior, y de acuerdo al criterio establecido en el expte. nº 5541/07 "Ministerio Público – Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", resolución del 27/12/2007 (ver voto del juez Luis F. Lozano al que adherí), corresponde correr vista al Fiscal General por el plazo de cinco (5) días, para que se expida en relación con la admisibilidad formal de la acción planteada en autos.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Me adhiero al voto de la señora jueza de trámite.

El juez José O. Casás dijo:

1. Hago propios los fundamentos brindados en el punto 1 del voto de la señora jueza de trámite, doctora Ana María Conde, para decidir el rechazo de la petición

formulada por la parte actora en el punto 9 del escrito de inicio —orientada a lograr que se disponga la "excusación obligada del representante del Ministerio Público" en este expediente.

2. La ley 402, reglamentaria de los distintos procedimientos ante el Tribunal Superior de Justicia, entre los cuales se encuentra el consagrado en el art. 113, inc. 2º, de la CCBA (acción declarativa de inconstitucionalidad), sólo prevé dar intervención al señor Fiscal General luego de contestado el traslado por el demandado, o vencido el plazo para hacerlo, es decir, una vez producido el examen de admisibilidad por el Tribunal respecto de la acción (art. 21).

Sin perjuicio de ello, así como nada impide que el señor Fiscal General se pronuncie acerca de la admisibilidad en oportunidad de contestar la vista a que se refiere el mencionado art. 21 de la ley 402, o en la audiencia pública contemplada en el art. 6º del aludido precepto legal, circunstancia alguna obsta a que el Tribunal confiera dicha vista, claro está cuando lo considere pertinente en virtud de las peculiaridades del planteo constitucional (v. *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. I, 1999, Ad-Hoc, Buenos Aires, pp. 127 y ss.: "Bill, Juan Carlos c/ GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 36/99, resolución del 16/6/1999; pp. 139 y ss.: "Losa, Néstor Osvaldo c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 48/99, resolución del 23/6/1999; pp. 482 y ss.: "Artes Visuales S.R.L. c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 51/99, resolución del 4/10/1999; pp. 686 y ss.: "Doy, Miguel c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 52/99, resolución del 22/12/1999; *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. II, 2000, Ad-Hoc, Buenos Aires, pp. 197 y ss.: "Arbitra S.A. c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. 386/00, resolución del 5/7/2000, entre otros).

Sentado lo expuesto, comparto la propuesta de la señora jueza de trámite, doctora Ana María Conde, consistente en correr una vista al señor Fiscal General con carácter previo al dictado de la sentencia que decidirá sobre la admisibilidad formal de la acción.

Así lo voto.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Me adhiero al punto 1 del voto de la señora jueza de trámite.

2. Como ya lo he expresado al decidir en las causas "Corporación de Rematadores y Corredores Inmobiliarios", expte. nº 5520/07 y "Ministerio Público Fiscal —Asesora General Tutelar— c/GCBA s/ADI", expte. nº 5541/07:

a) Se ha requerido mi opinión acerca del momento en que debe correrse la vista al Fiscal General en las acciones declarativas de inconstitucionalidad con el fin de que tome intervención en el procedimiento. La ley es clara en ese sentido (nº 402, art. 21, párr. 4): el Fiscal General debe tomar intervención una vez declarada admisible la acción, corridos y contestados

los traslados pertinentes (art. 21), actividad para la cual la ley concede el plazo de 10 días.

b) Más allá de ello, estimo que las facultades instructorias del señor juez de trámite comprenden la de decidir una vista previa en caso de que lo considere necesario, vista previa que no es obligatoria según la ley y que, por ello, representa tan sólo una facultad para el juez de trámite, de ejercicio eventual como toda facultad.

Sintéticamente, mi opinión consiste en dejar libertad para que los respectivos jueces de trámite dispongan esta vista previa a decidir sobre la admisibilidad de la acción, cuando la consideren necesaria, y que se mantenga como obligatoria la vista del art. 21, párr. 4º de la ley 402.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. Comparto las consideraciones que formula en el punto 1 de su voto mi colega la jueza Ana María Conde.

Por otro lado, como la acción prevista en el inc. 2º, del art. 113 de la CCBA no presenta las notas típicas del proceso contencioso, los institutos de la recusación y de la excusación juegan en ella un papel muy acotado, tal como lo establece la ley 402.

Asimismo, en algunas de las acciones declarativas de inconstitucionalidad que tramitaron ante el Tribunal intervinieron en el debate el autor intelectual de la norma o normas impugnadas, o quien podía estar involucrado en razón de sus competencias, facultades, etc. En otras ocurrió que un órgano o un funcionario se sumara a la propuesta del demandante. En todos los supuestos mencionados esas participaciones ocurrieron en el marco de las atribuciones fijadas en la CCBA y calificaron el proceso.

Por las razones expuestas entiendo que la petición en análisis debe ser rechazada.

2. Disiento, en cambio, con la opinión de la señora jueza de trámite —tal como lo hice en ocasión de pronunciarme en el expte. nº 5541 al que remite en el punto 2 de su voto. El Tribunal, desde el inicio de su gestión ha decidido acerca de la admisibilidad o inadmisibilidad de las acciones declarativas de inconstitucionalidad (art. 113, inc. 2º, CCBA) sin correr vista al Ministerio Público.

El criterio adoptado antes de la sanción de la ley 402 fue receptado por esta norma en su art. 21, último párrafo que dispone: "Contestado el traslado o vencido el plazo para hacerlo se da intervención al Fiscal General por el plazo de diez (10) días para que dictamine. En casos excepcionales, cuando el plazo previsto resulte inadecuado conforme a la naturaleza del acto impugnado, el Tribunal podrá reducirlo o ampliarlo".

La opinión que el Señor Fiscal General expresara en el expte. nº 5167/07, "Unión de Músicos Independientes Asociación Civil c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad" no cuestiona la norma citada, pero la ignora. Lo cierto es que las disposiciones del mencionado art. 21 no impiden que el Ministerio Público formule oportunamente en su dictamen todas las consideraciones que entienda necesarias.

En numerosos precedentes he señalado que las acciones del art. 113, inc. 2º, CCBA no dan lugar a procesos adversariales, en los cuales las partes se enfrentan en el marco de una controversia que expresa intereses opuestos. Por lo contrario, en ellas se trata de conflictos normativos. En otros términos, los jueces están llamados a decidir si la norma impugnada por la actora se adecua o no a los principios, reglas o preceptos de la C.N. y/o de la CCBA. Y los requisitos exigidos por el art. 113, inc. 2º, CCBA y la ley 402 reconocen en estas acciones y en la actuación del Tribunal, peculiaridades que las diferencian claramente de cualquier otro tipo de juicios (conf. "Massalín Particulares S.A. c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 31/99, resolución del 5/5/1999, *Constitución y Justicia*, [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. I, pp. 56-60; "Blanco, María Susana c/GCBA s/acción de inconstitucionalidad y nulidad", expte. nº 42/99, resolución del 4/6/1999, *Constitución y Justicia*, [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. I, pp. 73-76; "Doy, Miguel c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 52/99, resolución del 16/6/1999, pp. 134-136; "Federación Argentina de Box c/GCBA", expte. nº 49/99, resolución del 16/6/1999, pp. 132-133; "Farkas, Roberto y otro c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 7/99, resolución del 29/6/1999, pp. 148-151).

En general, las leyes que regularon y/o regulan la función del Ministerio Público, lo hacen desde la perspectiva de otro tipo de juicios distintos de la acción prevista en el art. 113, inc. 2º, CCBA, lo que justifica ampliamente la intervención que otorgan a ese órgano.

Por lo expuesto, el trámite en estas actuaciones debe proseguir como lo indica la ley 402, y el primer paso es la decisión del Tribunal respecto de la admisibilidad o inadmisibilidad de la acción interpuesta. Así lo voto.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar in limine* la petición formulada por el actor en el punto 9 de su demanda (fs. 192).

2º. *Correr* vista al Fiscal General por el plazo de cinco (5) días, para que se expida en relación con la admisibilidad formal de la acción planteada en autos.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y se cumpla.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier.*

En similar sentido se resolvió en la causa 5851/08, "Finoli, Micaela c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", resolución del 14/4/2008, respecto de la vista al Fiscal General para expedirse sobre la admisibilidad formal de la acción declarativa de inconstitucionalidad.

LXIV

"ZURCHER, SILVIA ADELINA C/GCBA S/SACAYT —OTROS—, AMPARO"

AMPARO: Competencia originaria del Tribunal Superior de Justicia. EJECUCIÓN FISCAL: Inapelabilidad de la sentencia en razón del monto.

SUMARIOS:

1. El amparo dirigido a cuestionar una sentencia de primera instancia dictada en un proceso ejecutivo no encuadra en ninguna de las vías procesales aptas para instar la competencia originaria del Tribunal Superior de Justicia. *(Voto del señor juez José O. Casás. En sentido concordante ver voto de los señores jueces Ana María Conde, Luis F. Lozano y Julio B. J. Maier).*

2. La disconformidad contra lo decidido en un proceso judicial ventilado ante la primera instancia del fuero en lo Contencioso Administrativo y Tributario local, fundada en que la decisión priva el acceso a las instancias superiores, por no llegar al monto exigido, omite distinguir la inapelabilidad de las sentencias en razón del monto de la irrecurribilidad de tales sentencias. *(Voto del señor juez José O. Casás. En sentido concordante ver voto de los señores jueces Ana María Conde, Luis F. Lozano y Julio B. J. Maier).*

3. El control que el Tribunal Superior 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), que deben interponerse en la forma adecuada, ante el superior tribunal de la causa correspondiente y sustanciarse según el modo establecido en la ley. *(Voto del señor juez José O. Casás al que adhieren los señores jueces Ana María Conde, Luis F. Lozano y Julio B. J. Maier).*

Expte. nº 5862/08 - 16/4/2008

VISTO:

el expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. La señora Silvia Adelina Zurcher interpuso ante el Tribunal una demanda de amparo (fs. 64/70) dirigida a cuestionar la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nº 4, el día 18/10/2007, en los autos "GCBA c/Zurcher de López, Silvia Adelina s/ej. fisc. —ABL", expte. EJF nº 660.852/0. Por esa sentencia, el juez interviniente rechazó las excepciones de cosa juzgada y de prescripción que la ejecutada (actora en este amparo) interpusiera, y mandó a llevar adelante la ejecución promovida por el GCBA en su contra, por la suma de $ 3.349,26, más intereses y costas (fs. 49/50).

Señala la amparista en su presentación los graves vicios que afectan la sentencia, tornándola insanablemente nula, arbitraria e inconstitucional, pues se apartaría de lo ya resuelto, en un proceso anterior, por la justicia nacional en lo civil y por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Agrega que la vía elegida resulta admisible pues "agotada las instancias superiores, por no llegar al monto las instancias superiores, ello, no empece la apertura de la acción de amparo, ya que no existe otro medio judicial más idóneo contra el acto de omisión de autoridad pública, como lo es, de la señora Juez de grado a cargo del Juzgado CAyT Nº 4..." (fs. 66, *in fine*).

2. Corrida vista al Ministerio Público Fiscal (fs. 73), el señor Fiscal General postuló que se declare inadmisible el amparo por no corresponder a la competencia originaria del Tribunal prevista en el art. 113, CCBA, y por dirigirse contra una sentencia judicial, acto que no admite ser revisado por vía de amparo (fs. 74/75).

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. La demanda incoada por la señora Silvia Adelina Zurcher no encuadra en ninguna de las vías procesales aptas para instar la competencia originaria del Tribunal, según lo establecido en el art. 113 de la CCBA y en la reglamentación contenida en la ley 402.

El art. 113 de la CCBA prevé que el Tribunal interviene en ejercicio de su competencia originaria en: los conflictos de poderes (inc. 1º), las demandas que promueva la Auditoría General de la Ciudad (inc. 1º), las acciones declarativas de inconstitucionalidad (inc. 2º), los supuestos de privación, denegación o retardo injustificado de justicia (inc. 4º) y materia electoral y de partidos políticos (inc. 6º).

El presente amparo, dirigido a cuestionar una sentencia de primera instancia dictada en un proceso ejecutivo, no se subsume en ninguno de los supuestos previstos por la norma constitucional antes citada.

En este sentido, debe recordarse que, en su constante jurisprudencia, el Tribunal ha remarcado las condiciones excepcionales bajo las que procedería la ampliación de su competencia originaria, entre las que no encuadra un supuesto como el de autos (*in re:* "Pinedo, Federico y otros c/Ciudad de Buenos Aires s/ amparo", expte. nº 8/99, resolución del 18/2/1999, *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, t. I, pp. 7 y ss.; "Gorbato, Viviana s/ cuestión de competencia", expte. nº 12/99, resolución del 8/3/1999, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], cit., 2001, t. I, pp. 11 y ss.; "Perrone, Héctor Alejandro c/GCBA s/amparo", expte. nº 30/99, resolución del 22/4/1999, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], cit., 2001, t. I, pp. 49 y ss. y "Asociación por los Derechos Civiles —ADC— c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 4172/05, resolución del 9/8/2006).

2. Por otro lado, si bien la demanda expone la disconformidad de la accionante contra lo decidido en un proceso judicial ventilado ante la primera instancia del fuero

en lo contencioso-administrativo y tributario local, decisión que, en concepto de la amparista, "agota[ba] las instancias superiores, por no llegar al monto las instancias superiores", lo cierto es que debe distinguirse la *inapelabilidad* de las sentencias en razón del monto de la *irrecurribilidad* de tales sentencias.

Resulta oportuno efectuar este señalamiento, pues la denominada "acción de amparo" planteada ante el Tribunal presenta cierta semejanza con una denuncia por denegación o privación de justicia (art. 113, inc. 4º, CCBA), denuncia que, para ser viable, requiere que el actor agote los remedios procesales a su alcance para revertir la situación que lo agravia, pues la queja por privación o denegación de justicia no es "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. 3º y 5º, respectivamente, CCBA). Si la sentencia era pasible de esos recursos, ellos debieron interponerse en la forma adecuada, ante el superior tribunal de la causa correspondiente y sustanciarse según el modo establecido en la ley. Si ése no era el caso, la presentación pretende que el Tribunal intervenga en una cuestión para la cual la Constitución y las leyes no le asignan competencia" (véase "Porcella, Hugo Baltasar s/queja por privación y denegación de justicia en 'GCBA c/Porcella, Hugo Baltasar s/ejecución fiscal'", expte. nº 2601/03, resolución del 13/11/2003, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. V, 2003, pp. 792 y ss.; "Cooperativa de Trabajo Punta Arenas Limitada s/queja por retardo, privación o denegación de justicia en 'Liliana Kusema s/incidente de clausura'", expte. nº 5638/07, resolución del 28/12/2007; entre otros).

3. En razón de lo expuesto, el Tribunal resulta incompetente para conocer en la demanda de amparo interpuesta a fs. 64/70.

De conformidad con lo establecido por el art. 7º, de la Ley de Amparo local, corresponde remitir las actuaciones a la Secretaría General de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario para que asigne la demanda al juzgado de primera instancia que corresponda.

Ante la declaración de incompetencia que aquí se decide, no corresponde que el Tribunal se pronuncie en consonancia con la objeción a la admisión del amparo por cuestionarse una sentencia judicial formulada por el señor Fiscal General para fundar la inadmisibilidad de la intervención de esta instancia judicial; cuestión que deberá ser resuelta por el juez que, en definitiva, resulte competente para conocer en el sugestivo planteo.

Así lo voto.

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

Adherimos al voto de nuestro colega, el juez José O. Casás.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Por los fundamentos expresados en el primer párrafo del punto 1 del voto del señor juez de trámite, corresponde declarar la incompetencia del Tribunal Superior de Justicia para conocer de manera originaria en este proceso, y remitir la causa a la Secretaría General del Fuero en lo Contencioso Administrativo y Tributario, a fin de que se efectúe el sorteo pertinente.

Por ello, emitido el dictamen del señor Fiscal General,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar la incompetencia* del Tribunal Superior de Justicia para conocer de manera originaria en este proceso.

2º. *Remitir* las actuaciones a la Secretaría General de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, para que asigne la causa al juzgado de primera instancia que corresponda.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique con carácter urgente en el día con habilitación de día y hora, y se cumpla.

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

LXV

"ALVEAR PALACE HOTEL S.A. C/GCBA S/IMPUGNACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO" Y SU ACUMULADO EXPTE. Nº 5502/07 "ALVEAR PALACE HOTEL S.A. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'ALVEAR PALACE HOTEL S.A. C/GCBA S/IMPUGNACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS'"

RECURSO DE QUEJA: Arbitrariedad de sentencia. Caso constitucional. Control judicial. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Revalúo inmobiliario. Alumbrado, barrido y limpieza, contribución territorial y de pavimentos y aceras. Cuestiones de hecho y prueba. Derecho común. PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY EN MATERIA TRIBUTARIA: Valuación fiscal. Irretroactividad. Determinación tributaria. Error de la Administración. Declaración jurada informativa inexacta. Efectos liberatorios del pago. Tributos: fuente normativa.

SUMARIOS:

1. El debate acerca del método empleado por la Administración para el cálculo del valor de un inmueble es una cuestión de hecho —no jurídica— en la que nada tiene que ver el principio de legalidad tributaria. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

2. La regla contenida en el art. 51 de la CCBA, párr. 2º, impide claramente la aplicación retroactiva en el sistema tributario de la Ciudad, de modo que no corresponde aplicar la valuación fiscal actual a los períodos ya abonados por el contribuyente en su totalidad. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

3. No cabe considerar extinguida la obligación por el pago efectuado cuando la Administración demuestre que incurrió en error causado por el comportamiento del contribuyente, sea por acciones u omisiones, dolosas o culposas. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

4. La sentencia resulta infundada porque no relata detalladamente cuál es el contenido de la omisión del contribuyente ni informa las mejoras introducidas en el inmueble, ni examina las razones por las cuales atribuye esa omisión a la intención de engañar a la Administración. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

5. La sentencia le impuso a la actora una carga que debió recaer en cabeza de la Administración, quien pretende revaluar con efectos retroactivos y, por tanto, debió explicar qué reformas ponderó para formular el revalúo. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

6. El principio de reserva de ley en materia tributaria (art. 51, CCBA) no supone que solamente una norma de jerarquía legislativa pueda ser empleada para arribar a la liquidación del tributo. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

7. Los reglamentos emitidos por el Poder Ejecutivo, o aun por órganos de rango inferior, que no suplan la ausencia de un criterio legislativo que determine con certeza los elementos esenciales de la obligación tributaria, no violentan el principio de reserva de ley. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

8. Cuando el método implementado para el revalúo de la propiedad no surge directamente de la ley, debe estar establecido por medio de una reglamentación para que puedan ser conocidos por el administrado y para que éste pueda controlar el actuar de la administración. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

9. La modificación de la edad original de algunas de las unidades funcionales del inmueble originada en la valoración de elementos de la obligación tributaria que no surgen de la ley y que no fueron comunicados al contribuyente provocan la nulidad de los actos administrativos que disponen el pago retroactivo de diferencias en concepto de ABL al carecer de la debida causa y motivación. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

10. Cabe hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad pues no surge de modo nítido o "fehaciente" que en el accionar del contribuyente haya mediado dolo o culpa grave y si, por el contrario que, cuanto menos, habría existido error por parte de la Administración al momento de categorizar inicialmente el edificio. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

11. El incumplimiento del deber formal de informar a la Administración mediante declaración jurada las modificaciones que puedan llevarse a cabo en un inmueble, no puede acarrear como consecuencia necesaria una modificación de la situación tributaria sustantiva del contribuyente sin sustento legal, independientemente de que pueda configurarse en tal caso un supuesto infraccional. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

12. La determinación del momento temporal en el cual se terminó o puso en funcionamiento la instalación del aire acondicionado central es una cuestión de hecho y prueba, ajena al conocimiento de esta instancia, por lo que son los jueces de mérito los que deben expedirse en este punto. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

13. El principio de reserva de ley exige de una ley formal para la creación, modificación o derogación de tributos, lo que obliga a precisar que los elementos esenciales, que caracterizan sus hipótesis de incidencia como la magnitud cuantitativa de tales prestaciones coactivas, sólo pueden tener por fuente una norma jurídica de dicho rango, que no puede ser reemplazada por normas de inferior jerarquía no habilitadas por la ley (decretos o reglamentos). *(Voto del señor juez José O. Casás).*

14. Es arbitraria la sentencia de la Cámara que no analizó el planteo realizado por el recurrente referido al momento en que se terminó de instalar el sistema de aire acondicionado central, ni mucho menos las pruebas obrantes en autos que permitirían —o no— especificar dicha fecha, esencial para determinar a partir de cuándo correspondía encuadrar al Hotel en la categoría superior, a los efectos del cobro de las diferencias resultantes en concepto de contribución territorial. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

15. La aplicación por parte de la Dirección General de Rentas, de un sistema donde se utilizó una fórmula que modifica uno de los aspectos del elemento cuantificante del tributo —la antigüedad—, pero que no surge de ninguna norma de carácter general —ley o reglamento— debidamente publicada, ni le ha sido informada al contribuyente resulta violatoria del principio de legalidad en materia tributaria. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

16. No cabe conceder el recurso de inconstitucionalidad cuando los planteos de la accionante no se orientan a demostrar la afectación del principio de legalidad tributaria sino a fundar la arbitrariedad que atribuye a la sentencia impugnada, y no se expone una crítica concreta, desarrollada y fundada de la denegatoria parcial del recurso extraordinario local por la causal de arbitrariedad. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 5511/07 - 16/4/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Alvear Palace Hotel S.A. (en adelante, "AP") promovió demanda contra el GCBA (en adelante, indistintamente el "GCBA" o el "Gobierno") a fin de que se declare la nulidad de las disposiciones 228/95 y 454/95 dictadas por la Dirección de Empadronamiento Inmobiliario; la disposición 85.126/98 emanada de la Dirección General de Rentas y Empadronamiento Inmobiliario; y la resolución 568/2000 de la Secretaría de Hacienda y Finanzas (fs. 6/10 vta.). La actora impugnó los referidos actos administrativos por entender que eran nulos de nulidad absoluta. Ello, pues

a su entender pretenden cobrar retroactivamente al año 1990 la diferencia entre el impuesto pagado y el que resulta del nuevo revalúo, cuyo fundamento sería, a criterio de la accionante, un error de hecho imputable a la Administración. Alegó también que el art. 48 del t.o. de la ordenanza fiscal 1998 resultaba inconstitucional por contrariar el art. 51 de la CCBA que establece los principios de irretroactividad y certeza de los impuestos.

Con posterioridad, AP amplió su demanda solicitando se condenara al GCBA a rectificar las valuaciones correspondientes a las unidades PB 5 y 266 de acuerdo con las ordenanzas y normas correspondientes (fs. 137/142 vta.). Argumentó que dichas valuaciones contenían graves errores de hecho y alteraban el año de construcción del hotel.

Finalmente, la accionante amplió nuevamente la demanda expresando que la falta de notificación de las nuevas valuaciones restaba eficacia a los actos administrativos que determinaron el impuesto cuyo cobro persigue el Gobierno (fs. 305 y vta.). Sostuvo que las nuevas valuaciones no fueron notificadas individualmente a los propietarios de las unidades sino al consorcio de copropietarios.

2. En su contestación de demanda (fs. 654/674), el Gobierno sostuvo que "la nueva valuación y las diferencias determinadas tuvieron origen en la detección de modificaciones en la realidad constructiva del inmueble la que no se adecuaba a lo graficado en el plano de mensura 3089/69" (fs. 656 vta.). Expresó que "[n]inguna de las mejoras fueron (sic) denunciadas ante la DGR de mi representada. Ello por cuanto no existe constancia de la presentación de la declaración jurada a los efectos tributarios y además no se han aportado elementos en el sentido que tal declaración haya sido presentada, cuya obligatoriedad surge de la normativa establecida en la ordenanza fiscal vigente a la fecha en que debió ser incorporado al padrón inmobiliario" (fs. 656 vta.).

El GCBA manifestó que no podía aplicarse en autos el precedente "Guerrero de Louge, Susana Ernestina Teresa y otros c/Municipalidad de Buenos Aires" dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (*Fallos,* 321:2941), dado que las nuevas valuaciones se debían a la omisión de AP de denunciar las reformas efectuadas en el inmueble.

Por lo demás, el Gobierno defendió la constitucionalidad de la normativa cuestionada por AP. También insistió en que en el caso no existía retroactividad sino que se estaba exigiendo el legítimo cobro de un tributo adeudado.

3. En primera instancia, se rechazó la demanda de AP, con costas (fs. 1229/1238). Apelado por la actora el decisorio, la Sala II de la Cámara CAyT confirmó la sentencia, con costas (fs. 1411/1418).

4. Contra la resolución de fs. 1411/1418, AP interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 1424/1448 vta.). Los agravios expresados pueden sintetizarse del siguiente modo:

i) AP tacha de arbitraria la sentencia por cuanto la Cámara se habría limitado, en el tratamiento de su primer agravio expresado contra la sentencia de primera

instancia, a la cuestión del *modo y oportunida*d en que la jueza de grado había adherido al dictamen de la Procuración General sin tratar la crítica concreta y razonada efectuada por la actora a las *conclusiones* de dicho dictamen.

ii) AP se agravia de las conclusiones de la Sala II al tratar su segundo agravio contra la sentencia de grado. Señala la actora que había planteado la arbitrariedad del fallo de primera instancia pues la magistrada, pese a considerar válido el informe de la DGIyAF, había resuelto en forma contraria al mismo. El referido informe habría reconocido un error de hecho de la Municipalidad en cuanto al empadronamiento original del inmueble.

A fs. 1438 la accionante destaca que "[l]a conclusión del fallo de la alzada resulta dogmática y carente de fundamentos serios. La contradicción de la sentencia apelada había sido expuesta en forma concreta y razonada. El voto mayoritario ni siquiera dice que la restante prueba valorada por la sentenciante, contradice o refuta el informe de la DGIyAF".

iii) A fs. 1439 AP expresa que "[e]ste agravio refiere al tratamiento en la alzada de los agravios tercero y cuarto contra la sentencia de primera instancia. Estos últimos tratan la arbitrariedad por apartamiento de la prueba documental a la que se remite la sentencia, y apartamiento de la prueba en cuanto a la época en que se terminó la instalación del aire acondicionado central." A fs. 1439 vta. la recurrente indica que la Sala II "evita considerar las cuestiones concretas planteadas en el tercer y cuarto agravio contra la sentencia de grado...". Recuerda que la Cámara expresa que la jueza de grado no sólo tuvo en consideración el informe obrante a fs. 29/36 del expte. nº 102.262/98 sino también la disposición nº 85.126/98 y otras actuaciones administrativas. Y a fs. 1440 AP denuncia que "[e]l modo de tratar el agravio es insustancial, porque como antes dije, la restante documentación que menciona la sentenciante no contradice el aludido informe de la DGIyAF (...) ni tampoco la sentenciante expresa que la conclusión de ese informe resulte enervada por prueba o constancia alguna. Por lo contrario se remite al informe que dice tiene por válido...". También tacha de arbitraria la sentencia de la Sala II por no tratar otras cuestiones conducentes que habían sido materia de agravio. Y aquí AP se refiere a la naturaleza de las refacciones.

iv) A fs. 1441 AP señala lo siguiente: "[t]rato aquí lo que constituyó el *quinto agravio* contra la sentencia de primera instancia (fs. 1369 y vta. y ss.) y que no mereció ninguna consideración expresa por la Excma. Cámara: la ilegitimidad del método de *variación de los ciclos constructivos* aplicado por la demandada en las valuaciones. Dije que la sentencia incurría en arbitrariedad al tergiversar las posiciones de las partes y decidir contra la opinión del perito, que dice compartir".

Destaca AP que el referido sistema de valuación se aparta de las normas tributarias, comprometiendo el principio de reserva. A fs. 1444 vta. la recurrente manifiesta que el método de variación de los ciclos constructivos se trata de un procedimiento ilegal que crea una base imponible más allá de la ley (ordenanza) al modificar la edad del edificio, aumentando así considerablemente la valuación y el impuesto resultante.

v) Denuncia AP que la sentencia de la Cámara incurre en arbitrariedad al apartarse de la doctrina de los casos "Bernasconi Sociedad Anónima Inmobiliaria Agrícola Ganadera Financiera Comercial Inmobiliaria e Industrial c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires" (*Fallos,* 321: 2933) y "Guerrero de Louge, Susana Ernestina Teresa y otros c/Municipalidad de Buenos Aires" (*Fallos,* 321: 2941), al atribuir dolo a la actora, y al invertir la carga de la prueba.

5. La Sala II concedió el recurso en relación con el principio de legalidad tributaria, la existencia o no de dolo o culpa grave, la (inversión de la) carga de la prueba, así como en cuanto al sentido y alcance asignado a la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que surge de los casos "Bernasconi Sociedad Anónima Inmobiliaria Agrícola Ganadera Financiera Comercial Inmobiliaria e Industrial c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires" (*Fallos,* 321: 2933) y "Guerrero de Louge, Susana Ernestina Teresa y otros c/Municipalidad de Buenos Aires" (*Fallos,* 321:2941).

En cambio, el recurso fue denegado en cuanto a la causal de arbitrariedad, lo que motivó la queja de AP (fs. 1740/1771 vta.).

6. El Fiscal General Adjunto propicia que se rechace la queja y que se declare mal concedido el recurso de inconstitucionalidad (fs. 1778/1781 vta.).

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Recurso de queja:

1. La queja presentada por AP cumple con sus correspondientes requisitos de tiempo y forma. Sin embargo, no puede prosperar.

2. La Sala II denegó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la actora en cuanto al planteo de arbitrariedad de sentencia. Para así decidir, en primer lugar la Cámara tuvo en cuenta el carácter estrictamente excepcional de dicha construcción pretoriana. Los magistrados también destacaron que la calificación en cuestión no puede fundarse en la mera disconformidad de los apelantes con la interpretación normativa efectuada por los jueces, en tanto éstos no se excedan en sus facultades de apreciación de los hechos y aplicación del derecho. Por fin, recordaron que tal como fuera indicado por el Tribunal en los autos "Federación Argentina de Box c/GCBA s/acción de inconstitucionalidad", expte. nº 49/99, resolución del 25/8/1999, la mera discrepancia del recurrente con el razonamiento efectuado por la Cámara sobre reglas de derecho común (infraconstitucional) no significa que la sentencia devenga infundada y por ende arbitraria. Para que ello ocurra la decisión cuestionada debe lesionar principios y/o garantías constitucionales.

3. AP sostiene que la Sala II fue dogmática y genérica al fundar la denegatoria parcial de su recurso de inconstitucionalidad. A fs. 1764 vta. aduce que las afirmaciones de la Cámara no guardan relación "con las tachas concretas planteadas en cada caso, con precisa invocación de los precedentes jurisprudenciales

que definían el supuesto de 'arbitrariedad'". Y a fs. 1765 agrega que "[l]a relación particularizada de los supuestos de arbitrariedad se expone en los sucesivos agravios constitucionales [expresados en el recurso de inconstitucionalidad] a los que me remito (copia acompañada y capítulo III de esta queja)". Seguidamente, la quejosa pasa revista por los agravios primero a quinto de su recurso de inconstitucionalidad (que ella denomina "agravios constitucionales"), indicando en cada caso el supuesto de arbitrariedad en que fundó cada uno de ellos.

4. Los escasos señalamientos de la quejosa referidos en el apartado anterior, no logran rebatir los fundamentos por los cuales los magistrados resolvieron declarar inadmisible su recurso de inconstitucionalidad en cuanto al planteo de arbitrariedad de sentencia.

Como lo expresara al votar en "Technology Bureau S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'GCBA c/Technology Bureau S.A. s/ejecución fiscal'", expte. nº 4426/05, resolución del 21/6/2006, entre otros antecedentes, "[e]s requisito necesario de la queja que ella contenga una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad (conf. TSJBA *in re* "Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa 665-CC/00— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 865, resolución del 9/4/2001)". Dicho criterio es igualmente aplicable al caso de autos en cuanto a la crítica que AP debió haber efectuado a la denegatoria parcial del recurso que luce a fs. 1678/1681, lo que no hizo.

La quejosa se limita a calificar de dogmáticas y generales a las afirmaciones de la Sala II. En lo que resta del escrito de fs. 1740/1771 vta., la actora insiste con los planteos de arbitrariedad presentados en su recurso de inconstitucionalidad respecto de la sentencia de fs. 1411/1418.

En síntesis, la crítica intentada en el recurso directo no es suficiente para poner en crisis la denegatoria parcial del recurso obrante a fs. 1678/1681, lo que sella su suerte adversa.

Recurso de inconstitucionalidad:

5. Como consecuencia del rechazo de la queja que luce a fs. 1740/1771 vta., únicamente me encuentro habilitada para examinar el quinto agravio del recurso extraordinario local interpuesto por AP.

6. Para conceder parcialmente el recurso de inconstitucionalidad de la actora, a fs. 1679/1679 vta. los magistrados señalaron en primer término que "[d]el análisis del fallo recurrido se desprende que, en lo sustancial, las cuestiones tratadas en él versaron sobre la arbitrariedad invocada por la actora, la valoración del informe efectuado por una de las direcciones del demandado, la prueba documental, el criterio emergente de los fallos de la Corte Suprema in re: 'Bernasconi' y 'Guerrero de Louge', la nulidad acusada por falta de dictamen jurídico y la legitimidad del acto administrativo. La recurrente, entre otros agravios, funda su recurso sosteniendo principalmente el erróneo sentido atribuido al revalúo efectuado, con base en el

razonamiento que construye de la vulneración del principio de legalidad amparado por el marco constitucional. Dado que en el decisorio se trató lo concerniente a la valuación del inmueble y también a los precedentes referidos del Tribunal cimero (véase considerando noveno y décimo primero), cabe establecer su incidencia con la posible afectación del invocado principio de legalidad, sobre la base del cual la recurrente expresamente funda su recurso".

A fs. 1680 los jueces concluyeron que "[e]n el *sub lite,* como se ha visto, se encuentra cuestionado por la recurrente tanto la necesaria precisión legal sobre el revalúo, la existencia o no de dolo o culpa grave, la carga de la prueba, así como el sentido y alcance asignado a la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los fallos citados. En tales condiciones aparece como controvertida la validez de un acto con la pretensión de ser contrario a la garantía constitucional invocada y el pronunciamiento ha recaído sobre tales temas. A ello se suma que, la decisión definitiva de esta alzada, como tribunal superior de la causa, es contraria a la postura sostenida por la recurrente fundando su remedio en el citado principio de legalidad. Más allá del acierto o procedencia de los fundamentos de la actora, las comprobaciones objetivas descriptas anteriormente llevan a estimar la existencia de un agravio constitucional real, mediante la construcción de una cuestión de igual rango encuadrable en el supuesto contemplado en el art. 27 de la ley 402".

7. En el quinto agravio de su recurso de inconstitucionalidad, AP aduce que la sentencia de la Cámara incurre en arbitrariedad al apartarse de la doctrina de los casos "Bernasconi Sociedad Anónima Inmobiliaria Agrícola Ganadera Financiera Comercial Inmobiliaria e Industrial c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires" (*Fallos,* 321: 2933) y "Guerrero de Louge, Susana Ernestina Teresa y otros c/Municipalidad de Buenos Aires" (*Fallos,* 321: 2941), al atribuir dolo a la actora y al invertir la carga de la prueba.

Como recordé en el apartado anterior, la Sala II concedió el recurso extraordinario local en cuanto a la presunta afectación del principio de legalidad tributaria, a la existencia o no de dolo o culpa grave, al sentido y alcance de la doctrina de los fallos "Guerrero de Louge, Susana Ernestina Teresa y otros c/Municipalidad de Buenos Aires" (*Fallos,* 321: 2941) y "Bernasconi Sociedad Anónima Inmobiliaria Agrícola Ganadera Financiera Comercial Inmobiliaria e Industrial c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires" (*Fallos,* 321: 2933) y a la inversión de la carga de la prueba.

Ahora bien, llegados a este punto debo destacar que los planteos de la accionante no se orientan a demostrar la afectación del principio de legalidad tributaria sino a fundar la arbitrariedad que atribuye a la sentencia impugnada. En consecuencia, el recurso de inconstitucionalidad de AP fue mal concedido por la Cámara. Y, como ya dije, el recurso directo no presenta una crítica concreta, desarrollada y fundada de la denegatoria parcial del recurso extraordinario local por la causal de arbitrariedad.

Por lo demás, para afirmar que se lesionó el principio de legalidad tributaria, la recurrente parte de la premisa de la inexistencia de dolo o culpa grave de su parte

y de allí concluye que no puede exigírsele la deuda reclamada por el Gobierno por aplicación de los fallos dictados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re* "Bernasconi Sociedad Anónima Inmobiliaria Agrícola Ganadera Financiera Comercial Inmobiliaria e Industrial c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires" (*Fallos,* 321: 2933) y "Guerrero de Louge, Susana Ernestina Teresa y otros c/Municipalidad de Buenos Aires" (*Fallos,* 321: 2941). Tal argumento es un razonamiento circular que no va más allá de la discrepancia de AP con la merituación de hechos y pruebas contenida en la sentencia impugnada que llevara a los magistrados a concluir en la imposibilidad de aplicar en autos los antecedentes mencionados. Sin embargo, ello no alcanza para sustentar un caso constitucional, pues no se demuestra la afectación del principio indicado en este párrafo.

8. En virtud de lo expuesto, voto por rechazar la queja y declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad, con costas a la recurrente vencida (art. 62, CCAyT).

El juez Julio B. J. Maier dijo:

I. *Sobre la queja y la admisibilidad parcial del recurso*

1. Por lamentable que sea —a mi juicio— la doctrina de la arbitrariedad preside todo el recurso. Ello ha contribuido, tanto en la queja como en el recurso de inconstitucionalidad, a confundir cuestiones de hecho —valoración de la prueba— con cuestiones de derecho, y cuestiones de Derecho común (infraconstitucional), con reglas de origen constitucional, confusión que torna arduo expresarse cabalmente sobre los recursos interpuestos.

Como ya lo tengo dicho (ver mis votos en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]'", expte. nº 3565/04, resolución del 26/5/2005 y "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Lococo, Marcela c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]'", expte. nº 3792/05, resolución del 29/6/2005), la palabra arbitrariedad se utiliza por los litigantes con el mismo significado que la palabra agravio, elemento que presupone todo recurso. Cuando así sucede, uno no alcanza a comprender cabalmente si se propone, en cada ocasión, una nueva valoración de la prueba por intermedio del recurso de inconstitucionalidad (revisión prohibida para nuestro Tribunal), o una interpretación distinta de reglas jurídicas infraconstitucionales —por ejemplo, del art. 48 del C.F., a la luz de la jurisprudencia sobre el punto de la CSJN— (algo, en principio, también excluido de nuestra competencia), o si resultan interesadas, en el caso concreto, reglas de orden constitucional.

Con este panorama a su vista, la Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA intentó resolver la ecuación sobre la procedencia del recurso mediante la explicación de que él resultaba admisible en tanto se invocaba por su intermedio una lesión al principio de legalidad de los tributos (también llamado *reserva legal*) y sus consecuentes, a saber: la prohibi-

ción de aplicación retroactiva y la necesidad de fórmulas certeras en la ley (conf. CCBA 51). En cambio, la misma Sala rechazó el recurso en cuanto invocaba la *arbitrariedad* de la sentencia dictada, calificación que unas veces se vinculaba a la valoración errónea de la prueba, otras a la falta de fundamento de la decisión, y en otras ocasiones expresaba nuevamente la crítica relativa al principio de legalidad y sus consecuentes, antes explicitados.

2. Yo no hallo otra forma de apreciar los dos recursos, para mí confusos por la utilización universal del sustantivo arbitrariedad para la crítica del fallo, que confirmar básicamente la decisión de la Cámara sobre la admisibilidad del recurso —esto es, concesión sobre la base del principio de legalidad y sus consecuentes, rechazo sobre la base de la imputación de arbitrariedad para la sentencia—, conforme al esquema que intentaré explicar a continuación.

3. El actor, Alvear Palace Hotel S. A. (en adelante, APH) impugnó desde un comienzo el art. 48 del C.F. (t.o. 1998), si su interpretación textual posibilitaba la aplicación retroactiva de tributos luego de haber sido recibido el pago con efecto liberatorio. Aplicaba esta impugnación de inconstitucionalidad al caso concreto, en tanto la Ciudad de Buenos Aires pretendía aplicar un aumento del tributo por ABL, derivado de una nueva valuación fiscal del inmueble realizada en 1995, a los cinco años anteriores que ya habían sido saldados por el actor mediante el pago de la obligación vigente en ese período. La pretensión de APH, que traía a colación dos fallos de la CSJN, no ignorados por el demandado ni por la sentencia de Cámara, pero declarados sin aplicación al caso concreto, se reducía a la afirmación del pago cancelatorio de la obligación tributaria, anterior a la nueva valuación fiscal.

Por otro lado, y en ampliación de demanda, el actor se quejaba acerca de la nueva valuación en sí misma, en razón del método utilizado por la Administración para arribar a una suma concreta —método conocido como "de los ciclos constructivos"—, y lo hacía sobre la base del mismo principio de legalidad de los tributos, que fundaba en las reglas del art. 51, CCBA, 17 y 18, C.N., en tanto ese método no respondía a imposición legislativa alguna.

4. Estimo que éste es el ámbito correcto del recurso a resolver, pues pone en juego la aplicación de reglas constitucionales —al menos pretendidas por el actor y ahora recurrente—, esto es, critica la sentencia de la Cámara sobre la base del apartamiento de estos principios, conforme a la inteligencia que estima correcta el recurrente. En síntesis: voy a propiciar la interpretación del juicio de admisibilidad anticipado por la Cámara en este sentido y, así, confirmar tanto la admisibilidad del RI sobre esta base y con estos temas, como el rechazo del recurso de queja en el sentido genérico de la denuncia de la arbitrariedad. Personalmente, yo estimo que esto no le crea problema alguno al recurrente y sólo le advierte que mi voto no ingresará a la valoración de la prueba colectada en el legajo ni a la interpretación de reglas infraconstitucionales (para el caso, el ya citado art. 48 del C.F.), en tanto ellas o su interpretación no hayan sido impugnadas como lesivas de alguno de estos principios constitucionales.

II. *El recurso de inconstitucionalidad admitido*

1. Quisiera ocuparme, en primer lugar, de la valuación fiscal del inmueble. Cualquiera que sea la formulación del método de "ciclos constructivos", él no deja de expresarse como una fórmula —mala o buena, correcta o incorrecta— de arribar a un número x, determinado, en el que consiste la valuación que el Estado, a los efectos tributarios, le adjudica al inmueble. Ese método puede ser debatido, en su caso, ante los tribunales de mérito (primera y segunda instancia) mediante la discusión que critica el importe adjudicado por el Estado —administración— como valor del inmueble.

Mediante un ejemplo del derecho privado, quizás me aproxime mejor a aquello que pretendo expresar: si yo demando un importe x, determinado, como suma indemnizatoria del daño moral o material que me provoca, por ejemplo, una injuria, aplicaré cierto método para demostrar que esa suma y sus contenidos son correctos. El demandado, a su vez, si estima que existen rubros mal calculados o que no debieron incluirse en la estimación de los daños, intentará decir y probar, ante los jueces de mérito, el error del que parte la demanda; los jueces de mérito, frente a este litigio, decidirán la suma que corresponde, al menos para el caso. Lo que intento decir es que la cuestión acerca del método empleado por la Administración para el cálculo del valor de un inmueble es una cuestión de hecho —y no es una cuestión jurídica— que debió servirle al actor en este litigio, en su caso, para proponer otro método mejor de valoración de su inmueble, conforme a reglas de derecho administrativo local, claramente infraconstitucionales, mediante cuya aplicación se arribaba a un importe distinto, para el caso, más beneficioso para el actor. Nada tiene que ver en ello el principio de legalidad tributaria, pues la ley indica cómo se arriba a la base imponible. Nadie puede descartar la fijación de bases imponibles injustas. En ese caso existe un derecho, aquí ejercido, del contribuyente para impugnar el acto que fija la valuación, proponiendo otro valor bajo explicaciones o por intermedio de un método más razonable. A mi juicio, el Tribunal no está habilitado para la valoración de hechos y la aplicación del derecho común, salvo en el caso de impugnación constitucional, que trataré más adelante, pues su función de control de constitucionalidad no le concede competencia para ello.

En consecuencia, si viene admitido el recurso a este respecto, propiciaré su rechazo con relación al fondo de la cuestión: no existe lesión constitucional alguna al decidir la sentencia el rechazo de la demanda en este aspecto.

2. Distinto es el caso con la pretensión del GCBA de imponer su valuación a los cinco años anteriores a ella, esto es, con la pretensión de cobrar un presunto tributo omitido según esta valuación, efectuada con posterioridad. La regla contenida en el art. 51 de la CCBA, párr. 2, impide claramente la aplicación retroactiva en el sistema tributario de la Ciudad. No otra cosa significa llevar hacia atrás en el tiempo una valuación fiscal fijada hoy y pretender que los períodos ya abonados por el contribuyente en su totalidad se rijan por ella. Incluso el derecho privado, aplicable en este caso al derecho público, ocurre en auxilio del actor, pues, "[r]especto del

deudor el cumplimiento exacto de la obligación le confiere el derecho de obtener la liberación correspondiente, o el derecho de repeler las acciones del acreedor si la obligación se hallase extinguida...", CC, 505, y, por lo demás, porque el pago —"cumplimiento de la prestación que hace al objeto de la obligación"— extingue esa obligación (CC, arts. 724 y 725), para el caso, por el período tributario al que el pago se refiere.

Ello revela que, como el actor lo expone desde un comienzo y también en el recurso extraordinario local, el art. 48 impugnado intenta ser, interpretado textualmente, una reforma a la regla citada que peca por dos razones básicas: *a)* no se compadece con el art. 51 de la CCBA (lesión al principio de legalidad), en tanto permite el cobro retroactivo por períodos ya liquidados y abonados en virtud de otra valuación fijada por otro acto administrativo; y *b)* se pronuncia sobre una materia delegada por los gobiernos locales para su regulación en el Congreso de la Nación (C.N., 75, inc. 12), en tanto se pronuncia sobre la extinción de las obligaciones por el pago. La misma Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario ha resuelto antes así, con cita de fallos de la CSJN, en la causa 1905/0 "Binder, Carlos Alberto y otros...", resuelta el 19/12/2007, y agregado que, si se admitiera la facultad de la Administración que emerge del texto del art. 48, "se crearía una situación de incertidumbre..., la estabilidad de los derechos sería ilusoria y los contribuyentes no estarían nunca seguros de sus relaciones con el Fisco".

El artículo sólo puede leerse como subsistente —racionalmente— si se condiciona su lectura a la efectiva existencia de un error de la Administración, engañada por una acción u omisión del contribuyente, se adjudique dolosamente a él o se repute fruto de su imprudencia.

Al respecto, cabe todavía explicar cuál es la razón por la que la prueba de la acción u omisión del contribuyente, atribuida a su intención o a su imprudencia, no corresponde que sea demostrada por el actor sino, por lo contrario, debe ser verificada por el Estado que pretende la aplicación retroactiva de su valuación, fijada por un acto posterior. Desde el punto de vista abstracto, se debe tener en cuenta, para así decidir, que esta aplicación hacia atrás en el tiempo no es la regla sino la excepción, y, por lo tanto, quien pretenda aplicar esta excepción debe primero justificarla. De tal manera, aun de partir desde la base de que ha existido un error en la categorización del inmueble, el Gobierno de la Ciudad debió, para subsanar ese error con efecto retroactivo, demostrar que él había sido causado por el comportamiento del contribuyente. Ahora bien, el voto de mayoría sólo contiene, en el mejor de los casos, una afirmación acerca de que el contribuyente ha omitido algo, pero no relata detalladamente cuál es el contenido de esa omisión, cuándo se produjo la omisión, por qué ella representa una infracción al deber, todas determinaciones fácticas que debieron surgir del examen de la prueba —razón por la cual el Tribunal no puede analizar el caso en este sentido— y así resultar fijadas en la sentencia; más aun, una vez detalladamente determinada la omisión, la sentencia —el voto de mayoría— debió examinar, también detalladamente, la razón por la cual atribuye esa omisión a la intención de engañar, o al engaño efectivo por impru-

dencia, atribuible al actor. Nada de esto ha sucedido en la sentencia, o en su voto de mayoría que indica la solución del caso, como lo pone en evidencia el voto del camarista en minoría, razón por la cual ella resulta infundada y corresponde su reenvío para una nueva decisión del litigio por jueces que no hayan contribuido a emitir la sentencia en crisis.

Esto, si se quiere, conduce a un caso extremo de la llamada *arbitrariedad*, pero ya no en su significado de agravio —valoración o interpretación distinta del recurrente—, sino, antes bien, en la mínima exigencia republicana (C.N., art. 1º, CCBA, art. 1º) de que los pronunciamientos, dictámenes y decisiones de los funcionarios públicos deben expresar las razones por las cuales se pronuncian de una u otra manera y estas razones deben ser comprensibles conforme al sentido común.

3. Por lo tanto, mi voto propone acoger el recurso de inconstitucionalidad, anular la sentencia dictada y reenviar el caso a la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario para que otros jueces, distintos de los que ya pronunciaron sentencia, vuelvan a decidir el litigio en el aspecto indicado *supra*.

El juez LUIS F. LOZANO:

1. Adelanto que tanto el agravio por el que fue concedido el recurso de inconstitucionalidad, violación del principio de legalidad, como el que mantiene la queja ante esta instancia, arbitrariedad, suscitan, como expondré en lo que sigue, una cuestión constitucional suficiente para su tratamiento en esta instancia.

2. La recurrente se agravia del tratamiento que la Cámara dio a los planteos que acreditarían la nulidad de los actos reseñados en el primer párrafo de los resultas, en cuanto modificaron, con efectos retroactivos, la categoría de la parte del edificio con destino 'hotel' del Alvear Palace —señala que habrían operado para los períodos reclamados, enero de 1990 a diciembre de 1995, los efectos liberatorios del pago, conforme la doctrina sentada por la CSJN *in re* "Guerrero de Louge" (*Fallos,* 321:2941) *y* "Bernasconi" (*Fallos,* 321:2933)—. En este orden de ideas, sostiene que el *a quo*: *i)* tuvo por bueno el dictamen de la DGIyAF de fs. 29/37 vta. del expte. adm. nº 102262, pero omitió considerar las opiniones en él vertidas que darían cuenta de la existencia de un error de la administración al momento en que empadronó y categorizó el inmueble sobre el que se pretende el cobro retroactivo; *ii)* se apartó infundadamente de las conclusiones del peritaje y constancias del expediente que prueban que la instalación del aire acondicionado central frío/calor habría concluido en 1995, única reforma que, a juicio del recurrente, habría dado lugar al cambio de categoría. Concluye su postura con relación a los puntos i) y ii) afirmando que "…el Hotel siempre debió ser categoría 'A', hubo error de la administración y el caso es similar a lo resuelto por la Corte Suprema en las causas 'Bernasconi', 'Guerrero de Rouge', etc. Si pasó a ser categoría 'A' una vez completada la instalación en 1995 del aire acondicionado central, conforme a la prueba pericial y al informe de la DGIyAF, no puede retrotraerse el cambio de categoría a 1990" (fs. 1754 vta.). Y, por último, *iii)* invirtió la carga de la prueba

al exigirle a su parte que acredite no haber actuado con dolo o culpa grave cuando esa carga debió serle impuesta a la administración.

Tacha, también, de arbitraria la sentencia porque omitió tratar el planteo relativo a la violación del principio de legalidad. Relata que "al interponer el recurso de apelación señaló que el juez de primera instancia incurrió en una grave y manifiesta arbitrariedad al tergiversar los dichos de las partes imputándole a la hoy recurrente propugnar a favor del método de los 'ciclos constructivos' cuando en realidad lo que había hecho era impugnar su utilización por parte de la administración, y la Cámara omitió tratar el punto. A fin de acreditar sus dichos cita el siguiente párrafo de la sentencia de primera instancia: '[p]árrafo aparte merece el cuestionamiento formulado por la parte actora en relación al sistema de los ciclos constructivos en base a los cuales sostiene debió fundarse el revalúo. Careciendo la suscripta de formación técnica en tal sentido, he de estar a lo que manifiesta el experto, en tanto en 27 años de ejercicio profesional no ha tomado conocimiento de dicho sistema. Ergo, si este método es desconocido por el propio experto, mal podría resultar idóneo para fundar la operatoria en la que *según la actora debió basarse el revalúo y que por ello podría caer la disposición en crisis*.// La metodología implementada para calcular la valuación del inmueble es la que surge de la normativa en vigor (arts. 174 y 179 de la O.F. y arts. 7º a 9º del t.o. 1998). No surge claramente de autos, que la Administración hubiese *basado la valuación en un sistema y el revalúo en otro, como pretende la actora..."* (fs. 1757).

Por último, plantea la inconstitucionalidad del art. 48 de la ordenanza fiscal (t.o. en 1998), en cuanto establece que "[c]uando la Administración reliquida o reajusta una obligación tributaria, (…) por haber mediado error en la liquidación original, ya sea atribuible (…) a la administración, no cabe considerar extinguida la obligación por el pago que se hubiera efectuado". Aduce que dicho artículo resulta violatorio de lo dispuesto tanto en el art. 929 del Cód. Civil, como en el art. 51 de la CCBA que receptó el principio de la irretroactividad en materia tributaria (fs.1767/1768 vta.).

3. Cabe comenzar con el análisis del planteo dirigido a impugnar la pretensión de cobro retroactivo producto de la nueva categorización del inmueble con destino 'hotel'.

La Sala II de la Cámara CAyT al confirmar lo resuelto por la jueza de mérito, rechazó la acción intentada por la parte actora tendente a que se declare la nulidad de las disposiciones 228/95, 454/95 de la Dirección de Empadronamiento Inmobiliario; la 85.126/98 de la Dirección de Rentas y Empadronamiento Inmobiliario y; la resol. 568/00 del Secretario de Hacienda y Finanzas (mediante la cual se desestimó el recurso jerárquico deducido contra la última de las disposiciones mencionadas) que dispusieron, entre otras cuestiones, una nueva categorización para el inmueble con destino 'hotel' y, consecuentemente, un nuevo avalúo, con efectos retroactivos a enero de 1990. Para así decidir, el *a quo* sostuvo que aun cuando esa Sala en reiterados pronunciamientos se había encolumnado con la doctrina que emana de los precedentes de la CSJN "Bernasconi" y "Guerrero de Louge" (ya citados, efectos

liberatorio del pago), ella no resultaba aplicable al presente caso porque "…no se encontraría fehacientemente acreditado que el error inicial en la valuación fuese imputable a la Administración" (fs. 1415). Concluyó su razonamiento afirmando que "…conforme surge a fs. 130 y vta. de la documentación que obra reservada en la Secretaría (COJ nº 33609-PG/02), el director de la Dirección Administración del Padrón de Contribuyentes de la Dirección General de Rentas informó que '*1)* No existe constancia en esta ex Dirección de Empadronamiento Inmobiliario respecto a que se hubiera efectuado la presentación de la Declaración Jurada a los efectos tributarios'" (fs. 1415).

3.1. El art. 159 de la ordenanza fiscal 40.731 (vigente durante los períodos reclamados) establecía que las valuaciones de las construcciones, a los fines de las "construcciones de alumbrado, barrido y limpieza y de pavimentos y aceras", se determinará del siguiente modo:

El justiprecio de las construcciones se determina de acuerdo con el destino, la categoría asignada, la antigüedad, el estado de conservación y los valores unitarios de reposición, determinados por la Dirección General de Patrimonio Urbano, vigentes a ese efecto en la Ordenanza Tarifaria en el momento en que se produce la incorporación del inmueble al padrón (similares previsiones contempla el art. 174 de la ordenanza fiscal, t.o. en 1998, normativa sobre la base de la cual las partes construyeron sus argumentos durante todo el proceso),

Por su parte, las ordenanzas tarifarias vigentes para los años reclamados, esto es, de 1990 a 1995, prevén, en lo que al agravio importa, tablas de puntajes para determinar la categoría que corresponde asignar a los inmuebles con destino 'hotel', las que van de la categoría 'A' a la 'E', según las características que revista el inmueble —conf. arts. 7º, inc. ll), t.o. años 1990, 1991 y 1992 y 8º, inc. ll) t.o. años 1993, 1994 y 1995—. En este orden de ideas, el sistema de valuación en ellas previsto consiste en sumar el puntaje que obtenga el inmueble a la luz de las distintas características y calidades descriptas en la ordenanza —v. gr., *i)* Estructura resistente: *a.* apoyada en muro de mampostería 0 puntos; *b.* independiente metálica 3 puntos; *c.* independiente de hormigón armado 2 puntos y; d. independiente mixta 2 puntos; *ii)* Servicios: *a.* calefacción central 10 puntos; *b.* aire acondicionado con equipo individual en habitaciones 5 puntos; *c.* aire acondicionado central frío 20 puntos y; *d.* aire acondicionado central frío/calor 25 puntos— y, la sumatoria final determinará la categoría que reviste —v. gr. de 26 a 43 puntos: categoría C; de 44 a 65 puntos: categoría B; más de 66 puntos: categoría A—. En tales condiciones, no todas las refacciones y/o modificaciones que se realicen llevan, por sí solas, a un cambio de categoría; únicamente lo producirían aquellas que arrojen, en virtud de lo dispuesto en las tablas, un puntaje susceptible de generar un salto de categoría.

3.2. En el *sub examine,* más allá de si medió o no error de la administración al momento en que fue empadronado el inmueble, no se discute que, a partir de la instalación de aire central frío/calor y por este hecho solamente, la parte del edificio con destino 'hotel' debió ser encasillada en la categoría máxima, es decir, Categoría

A. Empero, sí se halla controvertido el momento a partir del cual comenzó a serlo y sus motivos; situaciones estas últimas que resultan determinantes para establecer la posibilidad de que opere o no el efecto retroactivo del reclamo de la administración de las diferencias del tributo de ABL, producto de la nueva categoría que reviste el inmueble. La Cámara sostuvo, en lo que ahora importa, que de las constancias del expediente surgía que la parte actora había omitido presentar las declaraciones juradas de las reformas efectuadas, suceso que unido al hecho de que no se encontraba "fehacientemente" acreditado que el error inicial en la categorización fuese imputable a la Administración, impedía, a juicio del *a quo,* la aplicación de la doctrina de los efectos liberatorios del pago.

3.3. En primer lugar, deben rechazarse los agravios de la actora relativos a: *i)* la inexistencia, antes de 1997, de un deber legal de informar a la administración mediante DD.JJ. las modificaciones realizadas a un inmueble, puesto que, conforme surge de los arts. 45, inc. 4, punto a), 53, inc. 5º, y 164 de la ordenanza 40.731, "era deber de todo responsable de las Contribuciones de Alumbrado, Barrido y Limpieza, Territorial y de Pavimentos y Aceras" declarar ante la administración municipal, dentro de los dos meses de producida, toda variación que se realizase en un inmueble y; *ii)* la tacha de inconstitucionalidad del dec. 2143/99, por carecer dicho planteo de relación directa con lo resuelto por el *a quo*, dado que en ningún momento esa norma fue invocada por la Cámara para decidir como lo hizo. Ahora, tal como quedó expuesto en el punto 3.1 no toda reforma da lugar a un cambio de categoría y, en lo que aquí interesa, los puntajes de las realizadas, a excepción de la instalación de aire acondicionado, no se demuestra, en verdad ni siquiera se invoca, que sean suficientes por sí a ese fin. De las constancias del expediente y a la luz de lo dispuesto en las ordenanzas tarifarias vigentes para los años reclamados surge que la única reforma efectuada por la parte actora que podría haber generado un cambio de categoría sería la instalación del aire acondicionado central frío/calor, por su impacto en la sumatoria final del puntaje. En efecto, las modificaciones que relata la disposición 85.126-98 que tuvieron lugar en los años 1988, 1992 y 1994 en el inmueble de marras,[8] bien pudieron modificar, tal como lo decreta dicha disposi-

[8] "[s]e refaccionaron los salones de planta baja (comedor, sala de banquetes y confitería, superficie cubierta: 1.437 m^2) las obras realizadas consistieron en: cielorrasos, revestimiento, instalación de sistema de climatización frío/calor (…) se refaccionó la cocina del hotel (388 m^2) instalaciones y tabiquería (…); además fueron motivo de refacción 80 m^2 (restaurante-hotel), realizándose remoción de cielorrasos ornamentales, instalación eléctrica y de aire acondicionado central, ejecutándose pátinas, saldos, zócalos y revoques (…) Fueron motivos de refacción en el año 1987 las superficies propias destinadas a locales comerciales, ubicados en planta baja (233 m^2), se modificaron revoques, revestimientos, solados e instalación eléctrica (…) en la unidad funcional nº 5, se incorporaron 45 m^2 correspondiente a cámaras frigoríficas del año 1987" "*Unidad Funcional nº 6:* 192 m^2 que pertenecen al salón restaurante 'La Cave' (segundo subsuelo) fueron objeto de refacción, consistiendo las obras en la instalación eléctrica, solados, cielorrasos, revestimiento, revoques e instalación de aire acondicionado…"

ción, la categoría de las partes del inmueble que tuvieran un destino distinto del de 'hotel', como ser, destino local comercial, garaje, etc. Pero, la única que se muestra susceptible de conmover la categoría del *inmueble con destino hotel* es, como ya señalé, la instalación del aire central frío/calor; sin que de la sentencia de Cámara surja lo contrario. En este orden de ideas, la ordenanza tarifaria (t.o. en 1998, que contiene iguales previsiones que las vigentes para los períodos reclamados y, por lo demás, fue sobre la base de la cual las partes construyeron sus agravios) prevé en las tablas para "…aquellos edificios o parte de ellos, que por sus características constructivas y programas arquitectónicos, sean aptos en forma principal para el alojamiento o albergue de personas de manera permanente o transitoria…", es decir, con destino hotel, asignación de puntos por los siguientes rubros: *i)* Estructura resistente; *ii)* Estructura de hormigón armado; *iii)* Fachadas; *iv)* Características de fachada y/o contrafrente; *v)* Baños; *vi)* Ascensores; *vii)* Servicios y; *viii)* Otras dependencias. A su vez, los puntajes topes de categorías son:

66 puntos o más	Categoría A
De 44 a 65 puntos	Categoría B
De 26 a 43 puntos	Categoría C
De 14 a 25 puntos	Categoría D
De 0 a 13 puntos	Categoría E

No surge de las disposiciones administrativas cómo llegan las reformas transcriptas a sumar un puntaje de 66 o mayor, que llevaría, a juicio de la administración, a que la parte del edificio del Hotel Alvear Palace con destino 'hotel' pase a ser categoría "A". Por lo demás, la única de las reformas mencionadas en los actos que se muestra susceptible de modificar, en el caso, la categoría de dicha parte del inmueble es, dados los valores previstos para esa característica, la instalación del aire central. La ordenanza tarifaria para el rubro que contiene la característica del

---

"*Unidades Funcionales nº 30 a 59, 61 a 81, 84 a 143 y 204 a 266*: se ejecutaron instalaciones eléctrica y sanitaria completa, cielorrasos, revestimientos, contrapisos, revoques completos y carpinterías (…) Además se detectó en la Unidad Funcional nº 266 una ampliación (214 m^2), integrados por una construcción materializada por una estructura de herrería y vidrio del año 1988 (antigüedad conforme plano de ajuste de obras, expte. nº 95.601/88), existiendo asimismo en la unidad funcional nº 266 una ampliación ejecutada en el año 1990 (50 m^2), consistente en una construcción precaria con cubierta de fibrocemento ubicada en el piso 10º.// *Unidades Funcionales nº 25 y 26:* Se ejecutaron instalaciones eléctricas revestimientos, tabiquería interior, revoques completos y cielorrasos (…) Además en la Unidad Funcional nº 25 se ampliaron 20 m2 en el año 1992, correspondiente al salón diplomático ubicado en terraza del 1º piso.// *Unidades Funcionales nº 53 y 54, 82 y 83 (ubicadas en los pisos 2º y 3º) y unidades complementarias IX a XVIII, unidades complementarias XXI a XXX:* se ejecutó tabiquería interior, instalación sanitaria, eléctrica y de gas, refuerzo estructural, baños completos, revestimientos, cielorrasos, aislaciones, revoques completos y carpintería…", entre otras de igual tenor efectuadas sobre distintas unidades funcionales.

servicio de aire central, esto es, el de "servicios", detalla los siguientes puntajes: *a.* calefacción central, 10 puntos; *b.* aire acondicionado con equipos individual en habitación, 5 puntos; *c.* aire acondicionado central frío, 20 puntos y; *d.* aire acondicionado central frío/calor, 25 puntos. En este orden de ideas, aun en el caso de que la parte del edificio con destino hotel estuviera encuadrada, por sus características, en los valores máximos que cada rubro prevé, con excepción del de 'servicios', su categoría nunca llegaría a ser "A", a la luz de los puntajes topes para cada rubro previsto. A fin de ejemplificar lo expuesto basta con efectuar la siguiente suma que contempla los valores máximos para cada rubro, con excepción del de 'servicios', en el caso de este último tomo el menor en virtud de las conclusiones a las que arribó el perito, al observar los huecos en las paredes de las habitaciones (conf. informe de fs. 821/833, en especial fs. 828): 2 puntos (por estructura resistente independiente de hormigón armado) + 4 puntos (por estructura de hormigón armado de un espesor promedio mayor de 29 cm) + 2 puntos (por edificio en esquina, torre o similares) + 9 puntos (frentes integrales, tipo *courtain wall*, totales) + 6 puntos (baños, habitaciones con baño privado completo, compartimentado) + 6 puntos (ascensores automáticos, maniobra y puertas exteriores automáticas con memoria de parada, apertura y cierre a automático de puertas) + 5 puntos (aire acondicionado con equipo individual en habitaciones) + 8 puntos (otras dependencias, restaurante, uno o más locales) = 42 puntos, Categoría C. Ergo, aun cuando la parte actora no haya efectuado las denuncias de las reformas conforme la normativa prevista para el período en que hayan operado —tal como lo señala la Cámara—, la única de todas las enunciadas que estaría en condiciones de haber llevado, a la administración a modificar la categoría sin revisar la valuación original sería la instalación del aire central frío/calor. Ello así, toda vez que *i)* no surge ni la Administración lo dice que alguna de las reformas relatadas haya incidido en el valor de alguno de los otros rubros incrementándolo y; *ii)* por la magnitud de su puntaje la que podría llegar a modificar la categoría del inmueble con destino a hotel, sería la de servicios. Dicho en otras palabras, una cosa es que la denuncia de las reformas hubiera desencadenado una inspección de la Administración en la que revisara el criterio adoptado al momento del empadronamiento original y decidiera modificar este último, y otra, que esas reformas hayan proyectado un cambio de categoría, a la luz de lo dispuesto en la O.T. En tales condiciones, los argumentos brindados por el *a quo* al tratar la cuestión, esto es, que no se encuentra acreditado: *i)* 'fehacientemente' que el error inicial en la valuación fuese imputable a la Administración y; *ii)* que la actora haya presentado DD.JJ.; no bastan para fundar el rechazo del planteo de la recurrente. Por un lado, porque le impuso a la actora una carga que debió recaer en cabeza de la Administración, pues es ella quien pretende revaluar con efectos retroactivos y, por el otro, porque debió explicar a qué reformas se refirió estableciendo, cuáles de ellas eran imputables a la parte del edificio con destino hotel, de éstas cuáles eran susceptibles de modificar la categoría del hotel y, finalmente, de estas últimas cuándo habían operado. Sin perjuicio de ello, toda vez que de las constancias de la causa (v. gr. disposiciones 85.126, comprobantes de fs. 11/34 del expte. nº 83.190

incorporado al expte. adm. nº 102.262/98, peritaje de fs. 821/833; informe de la DGIyAF, entre otros) surgen fechas diversas en las que pudo tenerse por finalizada la instalación y en condiciones de ser utilizado el sistema central de aire frío/calor y, toda vez que, el *a quo* no identificó las reformas no denunciadas que, a su juicio, hubiesen llevado a error a la administración, corresponde en este punto reenviar la causa a la Cámara en lo Contencioso Administrativo, a fin de que determine, a la luz de las constancias de la causa, cuándo tuvo lugar el hecho descrito y resuelva en consecuencia. Ello así, dado que, por regla, la dilucidación de la cuestiones de hecho constituye materia privativa de los jueces de mérito y ajena a la de esta instancia de excepción. Lo aquí dicho se limita a señalar que, con lo que se ha tenido por probado en la instancia de mérito no se puede fundar debidamente una decisión como la que viene recurrida. En síntesis, la sentencia recurrida carece de adecuada fundamentación, y debe ser revocada en cuanto rechazó la pretensión de la parte actora tendente a que se le reconozcan a los pagos realizados para los períodos reclamados efectos liberatorios sobre la base de que no existía constancia de denuncia en la ex Dirección de Empadronamiento.

Por lo demás, la administración tampoco hizo uso en sus actos de las previsiones del art. 8º, inc. c) tercer párrafo, de la ordenanza tarifiaria de 1998, que establecen la posibilidad de que mediante disposición fundada ("…que contemple el estudio pormenorizado de materiales, sistemas constructivos instalaciones y/o diseños especiales, etc.") se perfeccione el encasillamiento del inmueble, por lo que no existen razones para apartarse de lo previsto en la mencionadas tablas de puntajes. Es decir, que si la Administración hubiera visto motivos para perfeccionar el encasillamiento del edificio con destino 'hotel' debió motivar el acto en base a esos elementos y, tampoco lo hizo.

4. Asiste razón a la parte actora en cuanto señala que la Cámara *a quo* omitió tratar el agravio dirigido a controvertir el sistema implementado por la administración para modificar la antigüedad de algunas de las unidades funcionales del hotel Alvear Palace. Sin perjuicio de ello, toda vez que el agravio es traído en el recurso como violación del principio constitucional de legalidad, la presente instancia es suficiente para su tratamiento (conf. art. 113.3 de la CCBA).

4.1. La C.N. y la CCBA (arts. 17 y 75, incs. 1º, 2º de la C.N. y 51 y 80, inc. 2º, punto a], de la CCBA) garantizan que no pueda ser exigido un tributo sino en virtud de una ley sancionada por una asamblea legislativa en la que el contribuyente tenga participación adecuada. Para formular la garantía se ha acuñado la expresión *nullum tribum sine lege* y para dotarla de mayor solemnidad encontrarle origen en la Carta Magna del año 1215. El recurrente sostiene que dicha garantía ha sido violada por el Fisco. No discute que existen normas con jerarquía de ley, las ordenanzas fiscal y tarifaria, que han fijado el deber de contribuir y los elementos esenciales del tributo. El art. 174 de la ordenanza fiscal (t.o. en 1998 y con iguales previsiones, en lo que ahora, el art. 159 de la citada ordenanza 40.731) prevé, en lo que más nos interesa, que el elemento antigüedad forme parte de la base de liquidación de la

obligación tributaria y, por su parte, el art. 9º, inc. b), de la O.T. (del mismo año) cuantifica dicho elemento valorando el año de construcción y estado en que se encuentra en inmueble. Lo que critica, en cambio, es que la liquidación haya sido practicada partiendo de una fórmula, de un criterio o de una apreciación, que la administración denominó método de los 'ciclos constructivos', que no encuentra manera de relacionar con las leyes señaladas.

Conviene tener en consideración que la garantía cuya aplicación al caso nos convoca no supone que solamente una norma de jerarquía legislativa pueda ser empleada para arribar a la liquidación del tributo. El Poder Ejecutivo y aun órganos de rango inferior pueden contribuir con reglamentos que serán válidos en tanto no excedan poderes legítimamente provenientes de la Constitución y la ley. Pero, sucintamente dicho, estos reglamentos no pueden suplir la ausencia de un criterio legislativo que determine con certeza los elementos esenciales de la obligación tributaria. Esta es la garantía contenida en el art. 51 de la CCBA.

No se discute en el presente, como dije, que la ley remite a una investigación administrativa del valor de los inmuebles, que constituye la base de liquidación controvertida. Tampoco ha sido impugnada por insuficiente la formulación en el art. 9º citado de las pautas para llegar a esa base. A ese fin, el Poder ejecutivo podría reglamentar mecanismos aptos para guiar a los órganos inferiores encargados de hacer las determinaciones singulares, sin que ello se identifique con una delegación legislativa. Con ello se ganaría uniformidad debido al carácter general de tal hipotético reglamento. Desde luego, una norma de esa especie sólo podría contener pautas objetivas que sirvieran para individualizar para el supuesto de cada inmueble los elementos contemplados en el art. 9º citado. Con ello no habría hecho el Fisco más que autolimitarse asegurando que los actos de determinación quedaran lo más ceñidos que fuera posible.

Empero, no se ha hecho mérito de tal reglamentación, por lo que no cabe examinar si responde o no a las pautas indicadas. En efecto, en el caso, la reglamentación a la que hace mención la administración, esto es, un "Manual de valuaciones fiscales de la Secretaría de Obras Públicas" (conf. fs. 34 del expte. adm. nº 102.262) no está aprobado como norma oponible a un particular, aunque tenga algún valor interno, y, con motivo de ello, no ha sido publicado de modo que pudiera ser conocido fuera de la oficina que lo emplea. Tampoco parece recoger un método generalmente aceptado, según surge del peritaje citado por la sentencia de primera instancia. A su vez, los artículos de la ordenanza fiscal (arts. 174 y 179) y tarifaria (arts. 7º, 8º y 9º) (t.o. en 1998) que la administración cita para fundar su actuar, indican, tal como quedó expuesto más arriba, las variables a tener en cuenta para establecer el justiprecio de las propiedades dentro de las cuales se halla el factor 'antigüedad' y, además, prevén tablas que contemplan el coeficiente depreciado por antigüedad aplicable al valor de origen de la construcción. Pero de ellos no surge la fórmula que la administración implementó para modificar el año original de algunas de las unidades funcionales del inmueble de la parte actora y, menos aún, los parámetros objetivos utilizados. La idea de los 'ciclos constructivos' implementada está

estrechamente enlazada con cuestiones de hecho (v. gr. incidencia de las reformas sobre la propiedad original, qué clase de reformas modifican la edad del edificio, en qué proporción lo hacen, si puede ser modificada la antigüedad y, en su caso, cuándo y en qué medida) que al no surgir directamente de la ley, debieron haber sido establecidas por medio de una reglamentación, por un lado, para que puedan ser conocidos por el administrado y, por el otro, para que éste pueda controlar el actuar de la administración.

Tampoco puso el Fisco en conocimiento de la actora cuáles fueron los elementos de hecho que tomó en consideración para evaluar la propiedad ni, menos aún, cómo hizo para encuadrarlos en las previsiones del art. 9º de la ordenanza tarifaria. En efecto, en ninguno de los actos impugnados, esto es, las disposiciones 228/95, 454/95 de la Dirección de Empadronamiento Inmobiliario; la 85.126/98 de la Dirección de Rentas y Empadronamiento Inmobiliario y; la resol. 568/00 del Secretario de Hacienda y Finanzas, se le comunicó de manera pormenorizada al contribuyente en qué consistía el método utilizado y cómo se componían los coeficientes que configuran la fórmula aplicada. Por lo demás, la solución implementada no resulta una cuyas bases puedan reputarse como conocidas por todos. Prueba de esto es, como dije, que el mismo perito ingeniero civil cuando le fue preguntado acerca del método de los 'ciclos constructivos', en dichos tomados por la sentencia de primera instancia, contestó lo siguiente: "Durante la formación universitaria recibida por el suscripto y en los veintisiete años de ejercicio profesional, no tomé conocimiento del llamado *sistema de los ciclos constructivos.* La primera referencia que tengo sobre tal sistema, provino de la lectura del escrito de la parte demandada en estos autos.// He concurrido a la consulta de la bibliografía especializada como ser: *Tratado de tasaciones urbanas,* autor Mc Stanley, *Tasaciones urbanas,* autor Ing. A. Lopardo, *Manual de tasaciones,* autor Dante Guerrero, *Tasación de inmuebles urbanos,* Mario Chandias, publicaciones del Banco Hipotecario Nacional, donde tampoco encuentro cita alguna sobre tal 'sistema', por lo que supongo que debe ser una metodología interna de procedimiento de la autoridad de aplicación, sin llegar a ser un técnica reconocida científicamente y avalada por los profesionales que han profundizado con sus investigaciones, trabajos y publicaciones sobre la valuación de edificios y sus mejoras.// Sin perjuicio de ello, destaco que la utilización de un procedimiento simplificado o expeditivo, como se infiere debe ser el 'sistema de los ciclos constructivos', podrá ser útil en algún caso en particular, pero su utilización en forma indiscriminada puede llevarnos a una distorsión con la realidad fáctica del inmueble, máxime si trata de valuación de orden fiscal". (fs. 976).

Tardíamente, el acto que rechaza el recurso jerárquico invoca un criterio supuestamente inveterado, pero no publicado ni aprobado por autoridad competente, que recoge el "criterio de los ciclos constructivos". Un dictamen, y no un acto administrativo, informa acerca de este criterio e indica un algoritmo que posibilita aplicarlo. Para ese entonces, quedaba agotada la vía administrativa. Como detalle final, la fórmula referida no constituye una exposición completa, menos aún oportuna, de la causa del acto de determinación. Obviamente, no es oportuna por

tardía; y no es completa puesto que, aún suponiendo un deber del contribuyente de comprender el algoritmo tal cual le fue presentado, subsiste una absoluta falta de explicación acerca de cómo llega el Fisco a lo que bautiza como PU (Porcentaje Utilizable). Veamos, al contribuyente sólo le fue suministrada, tardíamente como dije, la información de que los ciclos constructivos pueden ser establecidos mediante la siguiente fórmula:

CDR = (1- PU) + (CD.PU)

A su vez, los valores de los coeficientes CD y CDR estaban en condiciones de conocerlos. CD (Coeficiente de depreciación) porque corresponde al año de ejecución de las obras existentes previsto en las tablas del art. 9º de la ordenanza tarifaria, en el caso, 0,22 dada la antigüedad original del inmueble, 1930, y el estado en que se encontraba bueno. Y, CDR (coeficiente de depreciación de las refacciones) le resulta obtenible porque lo constituye el nuevo valor de depreciación previsto para el año al que fue llevada la construcción. Hago caso omiso de los defectos en que incurre el dictamen de fs. 29/37 al brindar la definición de cada uno de los elementos del algoritmo, no porque sean pocos o irrelevantes a los fines de comunicar la causa al interesado, sino porque el resto de los vicios son suficientes como para descalificar la explicación. El valor del PU, teniendo el valor de los otros dos factores, lo podría obtener por medio de la siguiente fórmula aritmética: (parto de las siguientes suposiciones que se adecuan a alguna de las modificaciones efectuadas por la administración en ciertas unidades funcionales de edificio de autos: CD es igual a 0,22 dada la antigüedad y estado del edificio, 1930 y bueno, y CDR es igual a 0,67 porque la construcción fue llevada al año 1948; todo conforme los valores de ordenanza tarifaria, t.o. de 1998).

1) CDR = (1 – PU) + (PU . CD), reemplazando en 1) por los valores indicados, se sigue
2) 0,67 = (1 – PU) + (PU. 0,22), de donde eliminando el paréntesis y pasando un término, se sigue
3) 0,67 – 1 = (0, 22.PU) – PU, y como
4) PU. (0,22 – 1) = (0,22. PU) – PU, utilizando/Sacando PU como factor común gracias a la propiedad distributiva de la multiplicación, de 3) y 4)
5) -0,33 = (0,22 – 1). PU, y restando en el término dentro del paréntesis
6) -0,33 = -0,78.PU, y pasando término
7) -0,33/-0,78 = PU, y tras una nueva operación
8) PU = 0,42

Ello permite saber, una vez conocidos CDR y CD, cuál fue el PU del que se partió. Vale señalar que el primero es el único dato que integra la motivación del acto de determinación de la nueva categoría, mientras que CD podría ser obtenido, tal como expuse *supra,* de las tablas que obran como anexo de la ordenanza fiscal. Por cierto, no le fue explicado cómo se había llegado al CDR, sigla que, por lo demás tampoco fue empleada.

Ahora bien, si el lector ve un tanto inusitado el desarrollo, naturalmente entenderá que no cabe exigirlo al contribuyente. Menos aún, cuando no se le ha comunicado la fórmula.

A su vez, y esto es lo que me ha movido a llevar adelante el desarrollo, aun cuando hubiera despejado PU, tampoco podría saber con claridad de dónde lo obtuvo el Fisco, cosa que, en verdad, aún no sabemos; sin que baste a tales fines la mera enunciación de las reformas efectuadas. En definitiva, parece imposible suponer que el contribuyente pudo controlar la apreciación administrativa.

Todo ello, asumiendo que el criterio sea correcto, cosa que no es lo que está en discusión.

En tales condiciones, asiste razón al recurrente en sostener que la administración completó los elementos surgidos de la ley con otros que no le fueron comunicados; por lo que corresponde declarar la nulidad de los actos impugnados en cuanto modificaron la *edad original de algunas de las unidades funciones del hotel Alvear Palace.* En primer lugar, porque una reglamentación es válida cuando se halla publicada, consecuentemente, la falta de publicación del reglamento utilizado por la Administración, "manual de valuaciones fiscales", lleva a la tacha de su actuar por resultar violatorio del principio de legalidad. Y, en segundo, porque los actos administrativos por medio de los cuales se dispuso un cambio en la antigüedad de distintas unidades funcionales del hotel Alvear Palace, carecen de la debida causa y motivación (conf. art. 7º, incs, b] y e] del dec. 1510/97). Tal vicio determina la nulidad absoluta de ellos en cuanto determinaron el cambio de edad de las unidades funcionales de dicho inmueble, conforme lo dispuesto en el art. 14 del citado decreto.

5. La forma en que se resuelve torna insustancial el tratamiento del planteo relativo a la tacha de inconstitucionalidad del art. 48 de la ordenanza fiscal (t.o. 1998).

Por lo expuesto y habiendo dictaminado el Fiscal General Adjunto, voto por *i)* hacer lugar a la queja deducida a fs. 1740/1771 vta. y ordenar la devolución del depósito (conf. arts. 34 y 35 de la ley 402); *ii)* revocar la sentencia recurrida y reenviar los autos a la Sala I de la Cámara CAyT a fin de que dicte un nuevo pronunciamiento con relación a la pretensión de la parte actora dirigida a impugnar el efecto retroactivo asignado a la recategorización de la parte del inmueble con destino 'hotel', con arreglo a los dispuesto en los puntos 3, 3.1, 3.2 y 3.3 de este voto y; *iii)* declarar la nulidad de las disposiciones 454/95 de la Dirección de Empadronamiento Inmobiliario; la 85.126/98 de la Dirección de Rentas y Empadronamiento Inmobiliario y; la resol. 568/00 del Secretario de Hacienda y Finanzas, en cuanto modificaron la edad original de algunas de las unidades funcionales del inmueble sito en la calles en Av. Alvear nº 1889/99 esq. Ayacucho nº 2023/00, esq. Posadas nº 1580/90, aplicando el método de los 'ciclos constructivos'. Costas a la vencida.

El juez José O. Casás dijo:

I. *La queja*

El recurso de queja incoado por "Alvear Palace Hotel S.A." fue deducido en tiempo y forma (art. 33, LPT). Asimismo cumple con la carga de expresar agravios

suficientes (v. fs. 1740/ 1771 vta.) contra el pronunciamiento de Cámara que rechazó parcialmente la concesión del recurso de inconstitucionalidad ante este estrado en lo referido a la causal de arbitrariedad de sentencia.

La anterior instancia de mérito denegó la apelación en punto a la alegada arbitrariedad, teniendo en vista, para así hacerlo, el carácter excepcional de tal vía procesal, con cita de precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de este Tribunal local, por entender que tales impugnaciones no podían fundarse en la mera disconformidad de la apelante con la sentencia pronunciada por la Cámara.

De todos modos, el Tribunal cimero, sin perjuicio de reconocer que la doctrina de la arbitrariedad reviste carácter excepcional, ha sostenido en innúmeras ocasiones que sirve de andamiento al remedio extraordinario federal y habilita su estrado en aquel supuesto en que el pronunciamiento dictado por el inferior prescinde de las constancias de la causa y se desentiende de los argumentos brindados por las partes, ya que en tal caso, la sentencia no se sostiene como un acto jurisdiccional válido.

Luego de ponderar el capítulo IV del escrito en el cual se deduce la queja, titulado: "Crítica de la resolución que admite parcialmente el recurso de inconstitucionalidad" (conf. fs. 1764 vta./1766), tengo para mí que el recurso de hecho debe declararse formalmente procedente pues se torna imposible la consideración de los agravios por los cuales la Cámara lo ha concedido parcialmente —afectación del principio de legalidad tributaria, existencia o no de dolo o culpa grave del contribuyente, inversión de la carga de la prueba y proyección en el caso de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación desarrollada en las causas*: "*Bernasconi", y "Guerrero de Louge"— sin vincularlos y tomar en consideración aquellos otros que pueden ser agrupados bajo la tacha técnica de "arbitrariedad de sentencia" (conf. doctrina de la CSJN en *Fallos,* 295:636; 301:1194; 307:493, y 308:1076, entre muchos otros).

Resulta, por tanto, que limitar el tratamiento por esta alzada de los agravios por los cuales el recurso de inconstitucionalidad ha sido concedido y desentenderse de los restantes reunidos bajo el rubro de arbitrariedad de sentencia en cuanto estos segundos se encuentran íntimamente imbricados con los primeros, importaría sustraer del control jurisdiccional una controversia jurídica plenamente incardinada con el plexo constitucional y el estatuto de derechos y garantías del contribuyente que, desde tal atalaya, se proyectan condicionando el ejercicio de la potestad tributaria normativa y aplicativa del Fisco.

Entiendo, por tanto que los agravios articulados en el recurso de inconstitucionalidad que pudieron haber sido denegados por la Cámara y que fueron mantenidos a través de la queja, en razón de su naturaleza e interdependencia, merecen ser atendidos en esta instancia.

II. *El recurso de inconstitucionalidad*

En razón de lo señalado precedentemente, en mi parecer, son tres los agravios centrales formulados por la recurrente *contra* la sentencia de la Sala II de la Cámara del Fuero y se sustentan en: la afectación de los principios de legalidad —en mi

concepto, mejor caracterizado como *principio de reserva de ley*, irretroactividad y certeza en materia tributaria (art. 51, CCBA); derecho de propiedad, art. 17 de la C.N.; y art. 18 de la C.N. que garantiza el debido proceso legal, tanto en sede administrativa como judicial.

1. En primer lugar, la actora se agravia de la conclusión a la que arriba el fallo sobre las refacciones practicadas en el inmueble de su propiedad; de la entidad otorgada en él al informe emitido por la Dirección General de Investigación y Análisis Fiscal de la Secretaría de Hacienda y Finanzas (conf. fs. 29/37 vta. del expte. administrativo nº 102.262) y a lo expuesto, concordantemente, en el considerando 11 de la disposición 85.126-DGRyEI/98, del 28/9/1998 (conf. fs. 36/394 vta., en particular fs. 337), en los que *se habría reconocido un error de hecho por parte de la Municipalidad en cuanto al empadronamiento original del edificio*, en tanto allí se consigna: "Que en lo atinente a la categoría de las construcciones destinadas a hotel, corresponde encuadrar las mismas en 'A', conforme la ordenanza tarifaria del año 1979, pues el edificio posee desde sus orígenes características como para ser considerado en la categoría superior..."; y a la determinación del momento en que debe considerarse finalizó la instalación del aire acondicionado, aspecto éste que serviría, desde un eje argumental, como pauta para establecer a partir de cuando correspondería recategorizar el edificio como "A", de estimarse que ésta era procedente con posterioridad.

Téngase presente que la aquí recurrente en su demanda contra el GCBA persiguió se declarara la nulidad de las disposiciones 228/95 y 454/95 de la Dirección de Empadronamiento Inmobiliario, por las cuales se realizó un nuevo revalúo del inmueble de su titularidad, incrementando el mismo sustancialmente y con aplicación retroactiva de la nueva valuación al año 1990, reclamando el pago de la diferencia a partir de la nueva valuación fiscal, a pesar de que ya se había pagado la contribución de alumbrado, barrido y limpieza, correspondiente al período 1990-1995; de la disposición 85.126/98 de la Dirección General de Rentas y Empadronamiento Inmobiliario, por la cual se efectuó un reajuste frente al reclamo de "Alvear Palace Hotel S.A." pero se mantuvo el carácter retroactivo del nuevo revalúo y, finalmente, de la resolución 568/00 de la Secretaría de Hacienda y Finanzas que desestimó el recurso jerárquico.

La recurrente esgrime que el cobro retroactivo que se pretende no corresponde en tanto habría existido un error de hecho en la categorización del hotel desde el empadronamiento original, lo que, sostiene, se encuentra reconocido en las actuaciones administrativas por funcionarios de la propia administración local (conf. fs. 1425/1425 vta.). Consigna, asimismo, que más allá de dicho error inicial en que habría incurrido la Administración, la recategorización efectuada como "A" únicamente podría sustentarse en la instalación del aire acondicionado central frío/calor en la unidad 5, ya que de los informes técnicos obrantes en la causa surge que, al aplicarse el sistema de puntos establecido en la ordenanza fiscal 1998, las demás refacciones practicadas en el edificio no producirían la alteración en la categorización del inmueble

Cuestiona asimismo "Alvear Palace Hotel S.A." la constitucionalidad del art. 48 del dec. 324/98 —que consagra el texto ordenado de la ordenanza fiscal para dicho año—, por considerar que tal precepto vulnera los principios de irretroactividad y certeza consagrados en el art. 51 de la CCBA, al permitir la retroactividad de los tributos aún en aquellos supuestos en los que media error de la Administración. La norma atacada reza: *Cuando la Administración reliquida o reajusta una obligación tributaria como consecuencia de hechos imputables al contribuyente o responsable o por haber mediado error en la liquidación original, ya sea atribuible al propio contribuyente o a la administración no cabe considerar extinguida la obligación de pago*.

Por su parte la Ciudad sostiene que: "Aquí no hay ninguna norma que se aplique en forma retroactiva, sino que se modifica la valuación de la propiedad, ajustándola conforme a la normativa vigente al vencimiento de cada período y se reclama la diferencia adeudada como consecuencia de la mayor valuación detectada en el inmueble".

A ello se agrega el cuestionamiento de la sentencia atacada en tanto se habría apartado de la doctrina de la CSJN consagrada en los precedentes "Bernasconi" y "Guerrero de Louge", al atribuir dolo a la actora y al invertir la carga de la prueba.

Aquí debe tenerse presente que, sobre el punto, la sentencia de Cámara afirma: "11. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que el procedimiento adoptado por el GCBA, 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 *(conforme doctrina de los precedentes* '*Bernasconi*'*, ...*; *y* '*Guerrero de Louge*'*, ...)*"—la bastardilla obra en el texto original—. // Esta Sala ha sostenido el criterio citado *supra* en reiterados pronunciamientos... Sin embargo en el presente caso —conforme se analizara en el consid. 1— no se encontraría fehacientemente acreditado que el error inicial en la valuación fuese imputable a la Administración", sustentando esta última afirmación en un acto emanado del Director de la Dirección de Administración del Padrón de Contribuyentes de la DGR en el que da cuenta de que en dicha Dirección no existía constancia de que se hubiera efectuado presentación de Declaración Jurada a los efectos tributarios (conf. fs. 1414 vta. y 1415).

2. A esta altura, estimo pertinente efectuar algunas reflexiones en torno a los efectos liberatorios del pago, aspecto invocado por la aquí recurrente.

Así, considero oportuno señalar que lo concerniente a los efectos liberatorios del pago ha tenido un amplio campo de aplicación en materia tributaria fundamentalmente en dos supuestos. El primero, cuando se pretende aplicar un gravamen o un incremento tributario con efecto retroactivo y el contribuyente ya ha oblado éste

u otro que abarcaba el mismo campo imposicional sobre la base de la legislación vigente al tiempo de la efectiva cancelación; el segundo, cuando la diferencia que se reclama proviene de un error determinativo de la propia Administración fiscal o de la rectificación de criterios interpretativos de las normas aplicables, lo que hace jugar concurrentemente con la anterior doctrina el principio de la estabilidad del acto administrativo de determinación.

Ya en el precedente: "Don Pedro Ordoqui. Su sucesión" *(Fallos,* 151:103), sent. del 27/4/1928, si bien se admitió que el atribuir efecto retroactivo a una cláusula de la ley del impuesto a la transmisión gratuita de bienes de la provincia de Buenos Aires del año 1923, que aumentaba el avalúo fiscal en un 40 %, no vulneraba garantías constitucionales, a manera de *obiter dicta* se reiteró la doctrina de la causa: "Don José Horta c/don Ernesto Harguindeguy, sobre consignación de alquileres" *(Fallos,* 137:47), en el sentido, de que ni el legislador, ni el juez pueden en virtud de una ley nueva o de su interpretación, arrebatar o alterar un derecho patrimonialmente adquirido al amparo de la legislación anterior, lo que hubiera ocurrido de haberse oblado el tributo.

Los principios precedentemente referidos fueron nuevamente ratificados, también a manera de *obiter dicta*, en otras sentencias de la Corte correspondientes al mismo período (causas: "Don Manuel Manrique y otros c/la Provincia de Buenos Aires, sobre devolución de dinero —Impuesto a la herencia—", *Fallos,* 152:268, sent. del 24/9/1928, y "Don Ignacio Guillermo Parera c/la Provincia de Buenos Aires, por inconstitucionalidad del impuesto a la herencia", *Fallos,* 161:270, sent. del 24/7/1931).

Como consecuencia del cobro de un impuesto especial de patentes a prestamistas, en los autos: "Doña Sara Doncel de Cook c/la Provincia de San Juan, sobre repetición de pago" (*Fallos,* 155:290), sent. del 6/9/1929, el Tribunal tuvo oportunidad de expedirse dando curso al reclamo de devolución del tributo sobre la base de que el Poder Ejecutivo provincial no se hallaba habilitado para percibir otros impuestos locales que los creados por las leyes, ni a extender los existentes a distintos objetos que los expresamente previstos en aquéllas, declarando que la convalidación de un decreto de naturaleza impositiva inconstitucional, por una ley posterior, resultaba igualmente violatoria del art. 17 de la C.N., desde que el efecto retroactivo de la ley encuentra un valladar insorteable en una situación definitivamente concluida al amparo de la legislación precedente.

La doctrina con jerarquía constitucional, según la cual el pago es liberatorio cuando es realizado de buena fe por el contribuyente, se fue así consolidando y, con sustento en la misma, la Corte rechazó las reclamaciones ulteriores al cumplimiento de la obligación tributaria sustantiva, fundadas: ya en una reforma de los preceptos fiscales por la que se agravaba la situación del sujeto pasivo; ya en el cambio de la interpretación de las normas impositivas; o bien en un error en la determinación de la obligación por los organismos fiscales encargados de la recaudación —conf. causas: "Sociedad Anónima Luis Magnasco y Compañía c/la Provincia de Buenos Aires, sobre devolución de sumas pagadas por contribución territorial" (*Fallos,*

167:5), sent. del 28/11/1932; "Banco Español del Río de la Plata v. Municipalidad de la Capital s/repetición" (*Fallos,* 180:16), sent. del 11/2/1938; "Rosa Curioni de Demarchi v. Provincia de Córdoba" (*Fallos,* 209:213), sent. del 31/10/1947; "Gerónimo Avelino Quirno v. Prov. de Santa Fe" (*Fallos,* 210:611), sent. del 9/4/1948; "S.A. Ingenio y Refinería San Martín del Tabacal v. Gobierno de la Provincia de Salta" (*Fallos,* 237:556), sent. del 8/5/1957; "S.A. Katester v. Provincia de Santa Fe" (*Fallos,* 259:382), sent. del 21/9/1964; "Santiago de las Mercedes Vadell - Sucesión" (*Fallos,* 261:188), sent. del 19/3/1965; "S.A. Fomerca v. Provincia de Santa Fe" (*Fallos,* 264:124), sent. del 28/3/1966; "Administración Nacional de Aduanas v. S.R.L. Romagnoli y Cía." (*Fallos,* 266:81), sent. del 21/10/1966; "Gustavo Leers v. Nación Argentina" (*Fallos,* 273:14), sent. del 10/2/1969; "Armando Victorio Garibotti v. Aduana de la Nación" (*Fallos,* 284:232), sent. del 20/11/1972; "S.A. Sasetru" (*Fallos,* 302:1451), sent. del 4/12/1980; "Compañía Continental S.A." (*Fallos,* 306:2092), sent. del 27/12/1984, entre muchas otras.

En fecha más cercana, en la causa: "Juan Pedro Insúa" *(Fallos,* 310:1961), sent. del 1º/10/1987, la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió que al no mediar observación al pago del impuesto al patrimonio neto de la ley 21.282, el contribuyente había adquirido un derecho inalterable con respecto a la obligación tributaria que gozaba de amparo constitucional, por lo que no podía aplicársele el impuesto de emergencia sobre los activos financieros —establecido con posterioridad a dicho pago por la ley 22.604—, en tanto alcanzaba a bienes exentos del tributo creado por la primera de las leyes aludidas, doctrina que se reiterara *in re:* "Gustavo Adolfo Gardebled v. Nación Argentina (Dirección General lmpositiva)" *(Fallos,* 311:311), sent. del 22/3/1988.

En otra importante familia de causas, y como depuración de la doctrina precedente, se descartaron los efectos liberatorios del pago: cuando no había mediado buena fe de parte del contribuyente; en el supuesto en que los pagos fueron provisorios, sujetos a reajuste, en tanto lo abonado fue a cuenta de la obligación tributaria resultante para el ejercicio; o cuando lo oblado quedó sujeto a la revisión posterior de la Administración fiscal en base a la documentación presentada.

Por su particular atingencia con el tema central que se debate en la litis, como en razón de que la decisión fue dictada en el limitado ámbito cognoscitivo de un amparo, a lo que se suma que la parte perdidosa fue la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, cabe traer a cuenta aquí lo resuelto *in re*: "Justin Kraus" (*Fallos,* 287:258), sent. del 20/11/1973, donde 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'".

En virtud de haber sido objeto de reiteradas citas en la presente causa, no pueden dejar de considerarse los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación recaídas *in re:* "Bemasconi 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 v. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires" (*Fallos,* 321:2941), ambos de fecha 12/11/1998, los que deben ser tratados conjuntamente en razón de las respectivas remisiones que formularan los jueces a sus votos emitidos en una u otra causa (en la primera, se registran los fundamentos conjuntos de los ministros Julio S. Nazareno, Eduardo Moliné O'Connor, Carlos S. Fayt, Augusto César Belluscio, Guillermo A. F. López, Gustavo A. Bossert y Adolfo Roberto Vázquez, y en la segunda, del ministro Enrique Santiago Petracchi).

La mayoría, si bien remarcó que los pagos efectuados por la contribuyente de acuerdo a las liquidaciones realizadas por el Fisco local poseen efectos liberatorios pues, de no ser así, se lesionarían principios de raíz constitucional como el derecho de propiedad y el de seguridad jurídica, dejó a salvo, en el considerando séptimo, que se convertía en decisivo para así resolver la afirmación de la Cámara en el sentido de que "el error en la inicial valuación del inmueble no es imputable a la actora (la contribuyente), y que no hubo mala fe de parte de ella" (el texto entre paréntesis no obra en el original; e interpretada la proposición *contrario sensu,* nada obstaría a cobrar la diferencia por los períodos no prescriptos de comprobarse mala fe del contribuyente). Por su parte, en los fundamentos del voto del ministro Enrique S. Petracchi puede leerse en el considerando sexto *in fine,* una remisión a los fundamentos vertidos en la ya citada causa "Justin Kraus", poniendo énfasis en la necesidad de llevar adelante un escrutinio —caso por caso— para establecer en qué condiciones el pago se halla al amparo de la garantía que consagra el art. 17 de la C.N.

Así las cosas, considero que de las constancias aportadas a la causa, así cómo de los dictámenes técnicos y de las resoluciones de la propia Administración, no surge de modo nítido o "fehaciente" que en el accionar de "Alvear Palace Hotel S.A." haya mediado dolo o culpa grave y si, por el contrario que, cuanto menos, habría existido error por parte de la Administración al momento de categorizar inicialmente el edificio (conf. fs. 337, de este expediente y fs. 29/37 vta. del expte. adm. nº 102.262).

Más allá de ello, resulta evidente que de la documental obrante en el expediente, así como de la aplicación de las ordenanzas tarifarias vigentes en los años 1990-1995, aquí involucrados, como de la ordenanza fiscal, t.o. 1998, invocada por las partes, sí correspondió la recategorización del edificio a partir de la instalación del sistema de aire acondicionado central frío/calor, ya que en dicha norma se establece un nuevo mecanismo para encuadrar a los inmuebles, basado en un procedimiento de otorgamiento de puntos dentro del cual la instalación de un equipo de aire acondicionado como el que se colocó en el "Alvear Palace Hotel S.A." constituye, efectivamente, una alteración edilicia que permite variar

el empadronamiento del hotel, mientras que las demás refacciones detalladas en las resoluciones administrativas aquí cuestionadas y por las cuales se dice que la recurrente no cumplió el deber de declararlas, no tendrían entidad suficiente para provocar dicha alteración de categoría. En este aspecto, me remito al detallado relevamiento efectuado en su voto por mi colega el doctor Luis F. Lozano, como a la demostración concreta que realiza de la incidencia en puntaje que se deriva de la instalación de los equipamientos de aire acondicionado central frío/calor, a partir de los cuales, se produciría el desplazamiento del inmueble destinado a hotel de la categoría "B" a la "A", más allá de que ésta pudiere haberle correspondido desde un inicio si la Administración fiscal hubiera llevado adelante otro encuadramiento de las construcciones en el ejercicio de las atribuciones e incumbencias a su cargo, conforme a la normativa vigente en los sucesivos períodos fiscales.

Por su parte, también participo del criterio sostenido por mi colega, doctor Lozano, para quien, sin perjuicio del deber legal de informar a la Administración mediante declaración jurada las modificaciones que sucesivamente puedan llevarse a cabo en un inmueble, no toda refacción o mejora da lugar a un cambio de categoría, siendo en la especie decisivas solamente las derivadas de la instalación del equipo de aire acondicionado central frío/calor por su impacto en la sumatoria final de puntaje. Es que, el incumplimiento de un deber formal no puede acarrear como consecuencia necesaria una modificación de la situación tributaria sustantiva del contribuyente sin sustento legal, independientemente de que pueda configurarse en tal caso un supuesto infraccional (v. sobre el particular doctrina sentada por la CSJN en la causa: "Herrera de Noble, Ernestina Laura c/Fisco Nacional —DGI", sent. del 14/2/1989 decisorio no publicado en la *Colección Oficial de Fallos* y que puede consultarse en *Derecho Fiscal,* t. XLVI, p. 355).

3. La recurrente cuestiona la fecha a partir de la cual la Dirección General de Rentas pretende practicar el ajuste en la valuación y la liquidación de las diferencias por el cambio de categoría del inmueble, teniendo en cuenta, como ya se señalara, que el mismo vino suscitado por la variación del tratamiento fiscal resultante de la colocación del equipamiento de aire acondicionado central frío/calor. Lo que se debate, entonces, es la fecha a la cual puede retrotraerse el cambio de valuación, con la consiguiente generación de diferencias.

Así, en el dictamen emitido por el Director General Adjunto de la Dirección General de Investigación y Análisis Fiscal del mes de junio de 1999, obrante a fs. 29/37 del expediente administrativo puede leerse: "Al tratarse de la adecuación a empadronamiento por error de hecho, ya que siempre debió haberle correspondido categoría 'A', la vigencia pertinente a dicho cambio que permitiría el cobro retroactivo del avalúo sería la avalada por la ordenanzas fiscal y tarifaria: cinco años anteriores a la detección, corrección y dada de alta del cambio. Si el error de hecho se subsanó en 1995, la vigencia correspondiente al retroactivo sería 1990" (conf. fs. 423, de este expediente o fs. 33 del expediente administrativo). Sin embargo no hay coincidencia en cuanto a que dicha subsanación haya operado en 1995, puesto que resultan divergencias de los informes técnicos obrantes en la causa, además

de encontrarse controvertida la posibilidad de desplazar retroactivamente hacia el pasado la nueva valuación.

La determinación de una faz de este aspecto, es decir el momento temporal en el cual se terminó o puso en funcionamiento (existen diversos criterios técnicos al respecto) la instalación del aire acondicionado central, constituye una cuestión no menor, en tanto debería ser el punto de inflexión a partir del cual corresponde la nueva valuación del inmueble y el cobro retroactivo del tributo, conforme a lo preceptuado en la ordenanza fiscal aplicable. Sin embargo su fijación es una cuestión de hecho y prueba, ajena al conocimiento de esta instancia, por lo que estimo que deben ser los jueces de mérito los que se expidan en este punto, correspondiendo, por tanto, devolver los autos a la Cámara para que con intervención de la Sala I, así proceda.

4. Se agravia, asimismo, la recurrente, en punto la legitimidad de la aplicación del método de variación de los "ciclos constructivos" que la Ciudad utilizó a los fines de determinar las valuaciones practicadas, en tanto entiende que dicho mecanismo se aparta de las normas tributarias, comprometiendo el principio de reserva de ley que rige en la materia al crear una base imponible más allá de la ley en tanto por su aplicación se modifica la edad del edificio con el consiguiente aumento en su valuación.

Se observa que la tacha agitada por la contribuyente no ha tenido tratamiento expreso en la sentencia de Cámara, y que le asiste razón en punto a la crítica que efectuó en el escrito de apelación y que la llevó a descalificar por arbitraria la sentencia de la primera instancia dado que en ella se habían tergiversado las posturas de las partes (conf. fs. 1235/1235 vta.) puesto que se le atribuía a la obligada tributaria el propugnar la aplicación del método de los ciclos constructivos cuando, en realidad, lo impugnaba. En sustento de la postura que aquí sostengo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado: "El fallo que carece de precisión en cuanto a los extremos que se le requerían, no resuelve, sino en forma aparente la necesidad de que la sentencia sea una derivación razonada del derecho aplicable, con adecuada referencia a los hechos de la causa" (*Fallos,* 323:1019).

En efecto es la aquí recurrente la que en las diversas presentaciones que realizó en esta causa sostuvo que la aplicación del mecanismo de los "ciclos constructivos"; por el cual se alteraba el año de construcción del hotel, carecía de consagración legislativa expresa y que a partir de su utilización se modificaba el año de alta del hotel de modo arbitrario.

Téngase en cuenta que la Ciudad al momento de contestar demanda efectúa una síntesis de cual es la normativa aplicable, remitiendo a la ordenanza fiscal (t.o. 1998) y explicando, luego, en que consiste el método de "variación de los ciclos constructivos", individualizando la fórmula utilizada para aplicarlo e indicando que el mismo surge de un "Manual de Valuaciones Fiscales de la Secretaría de Obras Públicas", transcribiendo el texto pertinente (conf. fs. 659/660) y destacando que es el mecanismo que se utiliza como práctica habitual, a partir del cual se establece que el año de construcción es lo que determina la antigüedad de los edificios

y que el año inicial (en el caso 1930) puede modificarse si se introducen mejoras constructivas de tal significación que por aplicación de la fórmula detallada pueda alterar la vida útil del mismo, asignándole una nueva, lo que implica aumentar en forma notoria la valuación y el impuesto que de ella resulte.

Corresponde tratar nuclearmente la afectación que alega el apelante del principio de "reserva de ley tributaria", recogido tanto en la Constitución Nacional (arts. 4º, 17, 19, 52, 75, incs. 1º y 2º, entre otros), como en la Ley Fundamental local (art. 51).

Es que, el principio de reserva de ley exige de una ley formal para la creación, modificación o derogación de tributos, lo que obliga a precisar que los elementos esenciales, que caracterizan sus hipótesis de incidencia como la magnitud cuantitativa de tales prestaciones coactivas, sólo pueden tener por fuente una norma jurídica de dicho rango.

Entiendo, por tanto, que asiste razón a la recurrente pues no existe norma de alcance general (en principio ley u ordenanza, y por habilitación: decreto o reglamento) en la cual la Administración local sustente su práctica y, por lo demás, de fundar la aplicación del mecanismo aquí cuestionado en el referido "Manual", cuanto menos, debió haberse notificado a la contribuyente de su utilización al momento de practicarse la valuación que aquí se discute, lo que no surge de las constancias de la causa. Por lo demás, tampoco en los actos administrativos en los que se invoca el aludido "Manual" se da cuenta de la fecha de su publicación oficial —la que aparentemente no ha tenido efecto—, óbice a su fuerza obligatoria, no sólo por afectación del principio de reserva de ley que preside la materia tributaria, sino también, por afectación a otros principios liminares del Estado de derecho. Así, la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re*: "Municipalidad de Santiago de Liniers v. José Manuel Irizar" (*Fallos,* 327:4474), sent. del 19/10/2004, hizo lugar a una queja por recurso extraordinario denegado y dejó sin efecto la sentencia apelada, dictada en una ejecución fiscal, en atención a que no se había acreditado en los autos la publicación oficial de la ordenanza que instituía el tributo, acto requerido para la satisfactoria divulgación y certeza sobre la autenticidad del texto de aquellas decisiones de contenido normativo general.

Ocurre que de la documentación que se remite a los contribuyentes liquidando los tributos e intimando el pago de las diferencias por períodos anteriores, no surgen los hechos concretos considerados para modificar la valuación fiscal de los inmuebles, cuál es el mecanismo mediante el cual se arriba a los nuevos importes, ni su fundamento normativo, lo cual conduce a que éstos podrían ver obstaculizado el ejercicio de su derecho de defensa y al debido proceso.

En este aspecto, remito a los sólidos fundamentos brindados en su voto por el doctor Luis F. Lozano, en lo relativo a la refutación del respaldo científico del llamado "sistema de los ciclos constructivos" como a la descomposición de las fórmulas referentes al *algoritmo,* en el cual se conjugan diferentes coeficientes (de depreciación de las refacciones, de porcentaje utilizado, de depreciación), desarrollos que, como bien se señala por mi colega, no fluyen directa ni indirectamente de las

disposiciones de rango legal, además de no contar con apoyo técnico incontrovertible, lo que me lleva a coincidir con él en que tal vicio determina la nulidad absoluta de los actos determinativos.

También coincido en que por la forma en que se resuelve deviene innecesario pronunciarse sobre el planteo dirigido a obtener la declaración de inconstitucionalidad del art. 48 de la ordenanza fiscal (t.o. 1998).

En mérito a los fundamentos precedentes, considero que debe declararse formalmente procedente la queja, devolverse el depósito (arts. 34 y 35 de la ley 402), acoger el recurso de inconstitucionalidad en punto a la afectación del principio de legalidad por aplicación del sistema de los ciclos constructivos y declarar, por tanto, la nulidad de la disposición 454/95 de la Dirección de Empadronamiento Inmobiliario, de la disposición 85.126/98 de la Dirección General de Rentas y Empadronamiento Inmobiliario, y de la resol. 568/00 del Secretario de Hacienda y Finanzas, así como en lo concerniente a la determinación de la fecha a partir del cual corresponde aplicar la nueva valuación por cambio de categoría del hotel, ordenando se devuelvan los presentes actuados a la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, a fin de que dicte un pronunciamiento dilucidando el ejercicio de alta de la nueva valuación fiscal.

Costas a la vencida.

Así lo voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. Adhiero a los fundamentos y la solución propuesta por los doctores Casás y Lozano, sin perjuicio de realizar algunas consideraciones adicionales y concordantes.

2. La incertidumbre y los inconvenientes que ha generado el cambio de categoría de la parte del inmueble con destino hotel del Alvear Palace, obedece a que se han invocado distintas causas para justificarlo en los actos administrativos que dispusieron la recategorización.

En tal sentido, la disposición 85.126-DGRyEI/98 sostiene que el hotel desde sus orígenes poseía características para ser considerado en la categoría "A" (ver consid. 11), pero a la vez enumera distintas refacciones realizadas en el hotel, que no fueron oportunamente declaradas por la contribuyente, y que también tendrían potencialidad como para producir la mentada recategorización. Entonces, no queda claro si la recategorización fue motivada por un error de hecho en el empadronamiento original del inmueble, o por las refacciones efectuadas sobre el edificio.

Sin embargo, de la lectura de la parte dispositiva de dicho acto administrativo parecería surgir que el motivo de la recategorización han sido las ampliaciones y refacciones no declaradas. Pero el incumplimiento de una obligación formal no genera modificaciones, *per se,* en la obligación tributaria sustancial, que corre por carriles distintos.

En consecuencia, para determinar a partir de cuándo correspondía encuadrar al Hotel Alvear dentro de la categoría "A" —lo que determinará la procedencia o

no de la retroactividad pretendida por el GCBA—, hay que analizar qué refacciones fueron realizadas, cuándo fueron hechas, y qué incidencia tiene cada una de ellas, de acuerdo a la tabla de puntajes prevista en las ordenanzas tarifarias —ver art. 8º, inc. II de la ordenanza tarifaria 47.548, correspondiente al año 1994—. Y de acuerdo a las características constructivas enumeradas en el considerando 7º, inc. a) de la disposición 454-DEI/95, y lo que surge de las ordenanzas tarifarias, la refacción que, por su elevado puntaje, incide notoriamente en el encuadramiento del Hotel Alvear en la categoría "A", es la instalación del sistema de aire acondicionado central.

Ahora bien, la Cámara no analizó el planteo realizado por el recurrente referido al momento en que se terminó de instalar el sistema de aire acondicionado central, ni mucho menos las pruebas obrantes en autos que permitirían —o no— especificar dicha fecha, esencial para determinar a partir de cuándo correspondía encuadrar al Hotel Alvear en la categoría superior, a los efectos del cobro de las diferencias resultantes. Todo ello transforma en arbitraria la sentencia cuestionada.

3. En cuanto al cuestionamiento a la aplicación, por parte de la Dirección General de Rentas, del sistema de variación de los ciclos constructivos —planteo no tratado por la Cámara—, no cabe duda que viola el principio de legalidad en materia tributaria la utilización de una fórmula que modifica uno de los aspectos del elemento cuantificante del tributo —la antigüedad—, pero que no surge de ninguna norma de carácter general —ley o reglamento— debidamente publicada, ni le ha sido informada al contribuyente.

El principio de legalidad obliga a determinar, por ley en sentido formal, los elementos esenciales o estructurantes del tributo en cuestión, cuestión que no ha sido observada en este supuesto. Pero ni siquiera acogiendo una postura más flexible, que considere constitucionalmente válido que el legislador le encargue al Poder Ejecutivo la determinación de cuestiones necesarias para el debido funcionamiento del tributo legalmente consagrado, puede convalidarse el criterio aplicado por la Dirección General de Rentas; y es que aquí no existe —o al menos no se invocó— un acto administrativo de alcance general, debidamente motivado y publicado en el Boletín Oficial, que explique en qué consiste y cómo se aplica el sistema de variación de ciclos constructivos, el que, por otra parte, de acuerdo al perito designado en autos carecería de rigor científico.

Por ello, emitido el dictamen por el Fiscal General Adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Admitir* la queja planteada por Alvear Palace Hotel S.A. y *ordenar* la devolución del depósito de fs. 1739.

2º. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por Alvear Palace Hotel S.A., *revocar* la sentencia recurrida, *declarar la nulidad* de la disposición. 454/95 de la Dirección de Empadronamiento Inmobiliario, de la disposición

85.126/98 de la Dirección General de Rentas y Empadronamiento Inmobiliario y de la resol. 568/00 del Secretario de Hacienda y Finanzas y *devolver* los autos a la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario para que, por intermedio de jueces distintos a los que dictaron la sentencia aquí revocada, dicte nueva sentencia con relación a la pretensión de Alvear Palace Hotel S.A. dirigida a impugnar el efecto retroactivo asignado a la recategorización de la parte del inmueble con destino "hotel" y dilucide el ejercicio de alta de la nueva valuación fiscal, con arreglo a los dispuesto en esta sentencia.

3º. *Imponer* las costas a la vencida.

4º. *Mandar* que se registre, se notifique, se agregue la queja a los autos principales, se comunique a la Sala de origen y, oportunamente, se remita a la Sala I de la Cámara CAyT.

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

LXVI

"SANZ, ANA MARÍA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'SANZ, ANA MARÍA C/GCBA S/OTROS PROCESOS INCIDENTALES'"

RECURSO DE QUEJA. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Sentencia definitiva. RECUSACIÓN DE JUEZ: Garantía de imparcialidad. Derecho de defensa.

SUMARIOS:

1. Cabe admitir el recurso de queja frente a la resolución que rechaza la recusación con causa de una jueza pues si bien no constituye una sentencia, la recurrente demostró que el trámite seguido para definir la integración del tribunal *a quo*, presenta vicios que vulneran gravemente su derecho de defensa. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces Alicia E. C. Ruiz, Ana María Conde y José O. Casás).*

2. Si bien la resolución que rechaza un pedido de recusación no configura sentencia definitiva, corresponde equipararla a tal cuando la entidad de las irregularidades en el trámite del expediente, pone en el ánimo de la recurrente, severamente en duda la imparcialidad de los magistrados llamados a decidir en una materia que, además, compromete prestaciones de carácter alimentario, por quedar involucrados perjuicios de imposible o insuficiente reparación ulterior. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces Alicia E. C. Ruiz, Ana María Conde y José O. Casás).*

3. Cabe admitir el recurso de queja frente cuando se demuestra que la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad no fue decidida por un pronunciamiento

válido, si esa resolución aparece suscripta por sólo dos de los jueces del Tribunal, y uno de ellos es el magistrado recusado, cuando la suspensión de la decisión desestimatoria de la recusación y la consecuente inhabilitación del juez para intervenir en el proceso dependen precisamente de la denegatoria del recurso. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces Alicia E. C. Ruiz, Ana María Conde y José O. Casás).*

4. La decisión que computa como indispensable el voto del juez cuyo apartamiento del proceso se persigue presenta defectos insoslayables e incurre en una violación del derecho de defensa del promotor de la incidencia, pues ha sido adoptada con la concurrencia de un magistrado que no puede emitir opiniones válidas sobre ese planteo y su intervención se limita a producir el informe de ley (arts. 13 y 16, CCAyT) hasta tanto la incidencia se encuentre definitivamente resuelta; impedimento que abarca la decisión de recursos contra el rechazo de la recusación formulada en su contra. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces Alicia E. C. Ruiz, Ana María Conde y José O. Casás).*

5. La excusación que el juez, en un juicio análogo al planteado, fundó en la existencia de interés en el pleito, sin que conste en autos cuál era el motivo del referido interés, no puede quedar neutralizada, por una rectificación posterior de ese magistrado en la que traduce la cuestión como circunscripta al vínculo de amistad que lo uniría al actor de aquel pleito. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces Alicia E. C. Ruiz, Ana María Conde y José O. Casás).*

6. La extensión de la garantía de imparcialidad del juez cubre los supuestos en los que ella está ausente y también otorga protección al litigante que suministra un motivo objetivo para suscitar dudas razonables acerca de su imparcialidad. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces Alicia E. C. Ruiz, Ana María Conde y José O. Casás).*

7. Si bien por regla, el progreso o rechazo de las recusaciones constituye una cuestión procesal que remite al análisis de elementos de hecho y prueba, cuando la secuencia de anomalías desvirtúan el debido proceso legal convirtiéndolo en una cadena de actos sólo en apariencia respaldados en las normas adjetivas, conculcan de modo palmario garantías constitucionales (v. gr. garantía de imparcialidad) por lo que corresponde a este estrado restablecer sin mayor dilación (art. 31 de la ley 402), teniendo particularmente en cuenta que se trata de un proceso de amparo, y admitir la recusación formulada contra el juez. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces Alicia E. C. Ruiz, Ana María Conde y José O. Casás).*

8. Aceptada la recusación del juez, el restablecimiento de las condiciones de imparcialidad que exige una recta administración de justicia no puede desatender el efecto que la revocatoria del rechazo de la recusación del juez y la nulidad de la resolución que denegó el recurso de inconstitucionalidad, proyectan sobre los actos emitidos con posterioridad. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces Alicia E. C. Ruiz, Ana María Conde y José O. Casás).*

9. La decisión que pone fin al incidente de recusación de un magistrado no es una sentencia definitiva, en tanto el proceso seguirá su curso hasta que se dicte una

decisión de mérito, después del litigio entre las partes, que revista tal carácter, esto es, que ponga fin al asunto mediante una solución que responda al objeto material que se demanda y sobre la base del cual se ejerció la defensa. *(Voto en disidencia del señor juez Julio B. J. Maier).*

10. El exceso en la competencia de un tribunal implica exceso de poder, pues, en el sistema republicano, la competencia concedida por ley funciona a la manera de límite del poder del funcionario público al que se refiere. *(Voto en disidencia del señor juez Julio B. J. Maier).*

Expte. nº 5784/08 - 18/4/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Ana María Sanz interpuso queja (fs. 21/38) contra la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad (fs. 18/19) articulado por ella (fs. 4/17) para cuestionar la resolución de la Sala II de la Cámara CAyT, que había rechazado la recusación oportunamente formulada por la actora contra uno de sus vocales, doctor Esteban Centanaro (fs. 110 del incidente).

Los autos, al formularse la recusación, se encontraban en trámite ante la alzada para decidir el recurso de apelación planteado por el GCBA (en adelante: GCBA) contra la sentencia de primera instancia que concedió una medida cautelar favorable a la señora Sanz y ordenó "al GCBA que incorpore en el cargo de controlador administrativo de faltas a la amparista hasta tanto se resuelva la cuestión principal en estos obrados" (fs. 69/73 del incidente).

La decisión de primera instancia se dictó en el marco del proceso principal mediante el cual la actora pretende que se la "designe como Controladora Administrativa de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires, conforme al resultado del concurso (...) cuyo reglamento fue aprobado por dec. 942/04" del que participó y que la habilita conforme al orden de mérito definitivo al que se arribó, según sostiene para lo que ahora importa, a acceder al puesto reclamado en función de "la ampliación de la Unidad Administrativa de Control de Faltas establecido por la ley 2128" (fs. 1/18).

2. Para fundar el pedido de recusación en cuestión, la recurrente había argumentado que el juez mencionado, en un proceso en el que se debatía una cuestión análoga a la de autos, se había excusado de intervenir "en virtud del art. 11, inc. 2º del CCAyT (...) que comprende (...) la de tener interés en el pleito" (fs. 108 del incidente).

El planteo fue rechazado por la Sala II por cuanto el juez recusado informó que, debido a un error material, en aquella excusación consignó para fundar su

apartamiento lo normado por el inc. 2º del art. 11, cuando lo correcto era invocar el inc. 8º, en función del vínculo de amistad que el juez Centanaro mantenía con la parte actora de aquel pleito, situación que según explicó el magistrado no se verificaba en relación con la señora Sanz. Los vocales Russo y Danielle entendieron que "la salvedad efectuada en su informe por el doctor Centanaro anula los argumentos que condujeron al planteo de recusación, al no subsistir la posibilidad de un interés en el modo en que se resuelva las cuestiones procesales y de fondo esgrimidas en autos" (fs. 110 del incidiente).

3. La actora planteó el recurso de inconstitucionalidad contra la decisión que rechazó la recusación articulada respecto del juez Centanaro y la Sala II lo denegó, esta vez con firma de los doctores Centanaro y Russo (fs. 156/157 del incidente).

El *a quo* sostuvo que "el decisorio en crisis solo se fundamenta en normas de carácter procesal, y en la diversa interpretación de normas fácticas (...) sin que se advierta una crítica concreta, desarrollada y fundada del decisorio" que comprometa derechos "de jerarquía constitucional y no encontrándose controvertida la interpretación o aplicación de normas de igual rango, corresponde denegar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto".

La actora, seguidamente, recusó a los doctores Centanaro y Russo por considerar que al fundar la denegatoria aludida incurrieron en un "prejuzgamiento sobre el fondo del objeto procesal del presente expediente" por cuanto al denegar el recurso de inconstitucionalidad sostuvieron que "el planteo de la accionante, abiertamente improcedente, no hace sino traslucir una estrategia a fin de mantener la tutela cautelar otorgada" (fs. 157, punto 7, segundo párrafo). El pedido fue rechazado *in limine* mediante una providencia suscripta por la jueza Danielle (fs. 163).

4. En el recurso de hecho, la actora, solicitó que se suspenda "el curso del proceso hasta tanto se resuelva la presente queja" por cuanto, de lo contrario, "se permitiría que un tribunal cuya integración se encuentra en discusión" continúe tramitando el pleito y decida la apelación de la medida cautelar planteada por el GCBA con irremediable menoscabo de "la garantía de imparcialidad y debido proceso" (fs. 22 vta. y 32). Asimismo, invocó lesión del principio de igualdad, razonabilidad, así como de los derechos del trabajador y el de propiedad. En consecuencia, requirió una sentencia del tribunal que haga lugar a la recusación y ordene integrar el tribunal con un magistrado subrogante.

5. A fs. 41 el Tribunal requirió la remisión del incidente en el que tramita la apelación contra la cautelar otorgada en primera instancia mediante oficio recibido en la Sala II el 26/2/2008, glosado a fs. 164 del incidente.

6. La Sala II, a fs. 165/168 de esos obrados, antes de cumplir con la elevación requerida por este Tribunal resolvió, con fecha 29/2/2008, la apelación planteada por el GCBA y revocó la medida cautelar acordada en primera instancia. En la misma

sentencia desestimó la recusación con causa impetrada por la actora contra la señora Fiscal de Cámara, que había sido articulada a fs. 117/121 (del incidente).

7. Ante el Tribunal (fs. 45 de la queja), la parte actora a partir de las decisiones adoptadas por la Sala II, Cámara CAyT, solicitó nuevamente que se otorgue "efectos suspensivos al recurso de queja interpuesto, ordenando la suspensión de los efectos de la resolución emitida por la Sala 2 con fecha 29/2/2008, ordenándosele al GCBA no desafectar a la suscripta debiéndome mantener en mi cargo, hasta tanto se resuelva la cuestión traída a vuestro conocimiento y decisión".

8. El Tribunal dispuso dar vista al Fiscal respecto de la queja y del pedido de suspensión (fs. 47). En su dictamen el señor Fiscal General Adjunto propicia rechazar la queja por cuanto, a su entender, la decisión recurrida no reviste carácter definitivo, ni corresponde equipararla a un pronunciamiento de tal naturaleza porque la amparista no demuestra que el agravio que aquella le provoca sea, por su magnitud o características de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior. Agrega que "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" (fs. 49/51).

9. Posteriormente, a fs. 56/8, la recurrente informa que fue deshabilitada del cargo de Controladota Administrativa de Faltas en tanto "El Gobierno de la Ciudad ha dado ejecución a la resolución de la Sala 2 de la Cámara CAyT del 29 de febrero del corriente año". Acompaña documentación para acreditar el derecho en el que funda la pretensión de fondo. Y, finalmente, además de requerir se otorgue efecto suspensivo a la queja, pide que se suspenda la resolución del 29 de febrero que revocó la medida cautelar y, también, la disposición 121-DGAI/08 que la deshabilitó (acompaña copia). Esto último, según explica, por cuanto el GCBA al emitir la disposición 121/08, ejerció una potestad que le reconocería una sentencia que no se encuentra firme. En tal sentido, acompaña copia de la primera página del recurso de inconstitucionalidad que dice haber presentado ante el *a quo* y que, por no haber sido denegado, suspende los efectos de la sent. del 29 de febrero ya aludida.

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. La resolución que rechazó la recusación con causa articulada respecto de uno de los vocales de la Sala II, Cámara CAyT, juez Esteban Centanaro, no constituye una sentencia definitiva.

Sin embargo, la recurrente logra demostrar que el trámite seguido para definir la integración del tribunal *a quo*, presenta vicios que vulneran gravemente su derecho de defensa. El menoscabo de la cláusula constitucional que garantiza la imparcialidad de los jueces llamados a resolver las controversias que las partes someten a su decisión, requiere tutela inmediata porque postergarla infringiría al

litigante una lesión de insuficiente reparación ulterior (*Fallos*, 328:1491, en especial consid. 3 y sus citas). Ello así, porque el proceso solo puede ser válidamente tramitado por jueces que, conforme a las reglas adjetivas aplicables, logran superar las objeciones de parcialidad formuladas en su contra mediante una decisión ejecutoriada. En estas actuaciones, la interpretación y aplicación arbitraria —en el sentido técnico del término— de las normas procesales que regulan el trámite de la recusación, provocaron la afectación directa e inmediata de los arts. 18 de la C.N. y 13 de la CCBA que comprenden el derecho a ser juzgado por un magistrado imparcial. A este respecto tiene dicho la CSJN, para supuestos análogos, que "[c]abe apartarse de la regla según la cual las decisiones sobre recusación de los jueces no son susceptibles de recurso extraordinario, si de los antecedentes de la causa surge que el ejercicio imparcial de la administración de justicia se encuentra tan severamente cuestionado que el derecho de defensa comprometido exige una consideración inmediata en tanto constituye la única oportunidad para su adecuada tutela" porque una revisión posterior de la cuestión dejaría de ser eficaz (*Fallos,* 313:584; 316:826 y 3221941).

Desde la perspectiva que brindan las consideraciones formuladas, y dado que la controversia de autos registra irregularidades en el trámite, que por su entidad han puesto, en el ánimo de la recurrente, severamente en duda la imparcialidad de los magistrados llamados a decidir en una materia que, además, compromete prestaciones de carácter alimentario, corresponde equiparar la sentencia impugnada a una definitiva por quedar involucrados perjuicios de imposible o insuficiente reparación ulterior.

2. En efecto, la recurrente demuestra que la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad no fue decidida por un pronunciamiento válido. Ello así porque esa resolución aparece suscripta por sólo dos de los jueces del Tribunal mencionado, y uno de ellos es el magistrado recusado (fs. 156/157 del incidente), cuando la suspensión de la decisión desestimatoria de la recusación y la consecuente inhabilitación del juez para intervenir en el proceso dependen precisamente de la denegatoria del recurso.

En tales condiciones, la decisión —que computa como indispensable el voto del juez cuyo apartamiento del proceso se persigue— presenta defectos insoslayables.

Por una parte, incurre en una violación del derecho de defensa del promotor de la incidencia, pues ha sido adoptada con la concurrencia de un magistrado que, de conformidad con las reglas que regulan la recusación, no puede emitir opiniones válidas sobre ese planteo y su intervención se limita a producir el informe de ley (arts. 13 y 16, CCAyT) hasta tanto la incidencia se encuentre definitivamente resuelta; impedimento que abarca, claro está, la decisión de recursos contra el rechazo de la recusación formulada en su contra.

Por otra, descontada —por inválida— la participación del juez Centanaro, la resolución por la que se denegó el recurso de inconstitucionalidad (fs. 156/157

del incidente) cuenta exclusivamente con el voto de uno de los vocales de la Sala II y, en consecuencia, no reúne los recaudos que para formar mayoría exige la ley 189 en relación con las sentencias de segunda instancia (art. 242 del CCAyT), cuestión que afecta directamente el derecho de defensa. No hay razones para pensar que las normas aplicables (art. 13 y 16 del CCAyT), especialmente leídas a la luz del derecho constitucional a que sea imparcial quien imparta justicia, imponen la carga de quedar sometido a la intervención del magistrado cuya parcialidad se halla en tela de juicio mientras se despeja el cuestionamiento y, menos aún, a los fines de despejarlo. Es aplicable para la solución del punto la regla según la cual las leyes deben ser interpretadas de modo que armonicen con la Constitución y no de una forma que las pongan en pugna con ella (*Fallos,* 255:192, 263:63; 267:478; 285:60; 296:22; 297:142; 299:93; 302:1600; 304:849; 308:1118; 310:500, 933, 937, 1012, 1797 y 2674; 311:254 y 2223; 312:111, 1484, 1017 y 1036; 313:1223, entre muchos otros).

Las razones dadas, conducen a admitir la queja y a revocar la resolución de fs. 156/157 (incidente).

3. Establecido lo anterior, corresponde resolver el recurso de inconstitucionalidad de fs. 4/17. En esa presentación, la actora, impugnó la sentencia de la Sala II que rechazó la recusación formulada por la señora Sanz contra el juez Centanaro.

En primer término, vale recordar que la recurrente había argumentado que el juez mencionado, en un proceso en el que se debatía una cuestión análoga a la de autos, se había excusado de intervenir "en virtud del art. 11, inc. 2º del CCAyT (...) que comprende (...) la de tener interés en el pleito" (fs. 108 del incidente); planteo que la Sala II rechazó por cuanto el juez recusado informó que, debido a un error material, en aquella excusación consignó para fundar su apartamiento lo normado por el inc. 2º del art. 11, cuando lo correcto era invocar el inc. 8º, en función del vínculo de amistad que el juez Centanaro mantenía con la parte actora de aquel pleito, situación que según explicó ese magistrado no se verificaba en relación con la señora Sanz. Los vocales Russo y Danielle entendieron que "la salvedad efectuada en su informe por el doctor Centanaro anula los argumentos que condujeron al planteo de recusación, al no subsistir la posibilidad de un interés en el modo en que se resuelva las cuestiones procesales y de fondo esgrimidas en autos" (fs. 110 del incidente).

En tal contexto, asiste razón a la recurrente cuando denuncia la arbitrariedad de la sentencia recurrida en tanto esa decisión "no se encuentra debidamente fundada" (fs. 10).

La excusación que el juez Centanaro, en un juicio análogo al planteado por la actora, fundó en la existencia de interés en el pleito, sin que conste en autos cuál era el motivo del referido interés, no puede quedar neutralizada, como afirmó la Cámara, por una rectificación posterior de ese magistrado en la que traduce la cuestión como circunscripta al vínculo de amistad que lo uniría al actor de aquel pleito.

Más allá del error 'material' al que alude el *a quo* en la sentencia impugnada (v. gr. equivocación al consignar el inciso del art. 11 usado para fundar la excusación), no es posible prescindir del significado que ella adquiere (en los términos en que fue formulada originariamente) para la accionante, que la invocó para recusar al vocal en cuestión. La extensión de la garantía de imparcialidad, además de cubrir los supuestos en los que ella está ausente, también otorga protección al litigante cuando no logra mostrar la ausencia, pero sí suministra un motivo objetivo para suscitar dudas razonables acerca de su imparcialidad. Máxime cuando, como en el caso, el motivo es, sencillamente, lo expresado por el propio juez que, en un juicio análogo, manifestó su "interés" en el resultado del proceso. El alcance que al derecho en juego acuerda una recta interpretación de la garantía analizada, coincide con la postura que en el derecho comparado exhibe, por ejemplo, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, para lo que aquí importa, ha dicho que no basta que el juez actúe imparcialmente, sino que es preciso que no exista apariencia de falta de imparcialidad, pues "incluso las apariencias pueden revestir una cierta importancia", en razón de que "lo que está en juego es la confianza que los tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática" (caso "Piersack vs. Bélgica", serie A, nº 53, sent. del 11/10/1982).

La sentencia cuestionada omite valorar esa dimensión del problema y con ello reduce de un modo ilegítimo la protección que la garantía constitucional en juego acuerda a la actora. Por eso, corresponde revocarla.

4. Ahora bien, en su presentación la recurrente solicita que este Tribunal haga lugar a la recusación del juez Centanaro (punto IX, apart. v, del recurso de inconstitucionalidad, fs. 17 vta. del incidente). Por regla, en tanto el progreso o rechazo de las recusaciones constituye una cuestión procesal que remite al análisis de elementos de hecho y prueba, pronunciarse a su respecto excede la competencia de este estrado en la vía intentada. Sin embargo, la secuencia de anomalías registrada en autos que han desvirtuado el debido proceso legal convirtiéndolo en una cadena de actos sólo en apariencia respaldados en las normas adjetivas, conculcan de modo palmario garantías constitucionales (v. gr. garantía de imparcialidad) que corresponde a este estrado restablecer sin mayor dilación (art. 31 de la ley 402), teniendo particularmente en cuenta que se trata de una proceso de amparo (en sentido concordante ver TSJBA *in re* "Quaranta, Jorge Alberto s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'GCBA c/Quaranta, Jorge Alberto s/ejecución fiscal —plan de facilidades'", expte. 3102/04, resolución del 3/11/2004).

Aclarado ello, entiendo que la recusación formulada contra el juez Centanaro debe ser admitida. La actora invoca un hecho no controvertido (excusación en un pleito análogo por razones de interés o, como se expresa en este juicio, amistad) que, pese a la explicación brindada por el *a quo*, le permite a la señora Sanz dudar sobre la imparcialidad del juez Centanaro. Me remito a las explicaciones formuladas en el punto 3 de este voto, que fueron brindados para demostrar la arbitrariedad del

rechazo de la recusación en cuestión, y ahora, también sirven para ilustrar sobre el significado que adquiere, para la accionante, la ambigua excusación formulada por el magistrado recusado en un pleito análogo al presente.

5. Aceptada la recusación del juez Centanaro, el restablecimiento de las condiciones de imparcialidad que exige una recta administración de justicia, no sería completo si fuera desatendido el efecto que, la revocatoria del rechazo de la recusación del juez Centanaro y la nulidad de la resolución que denegó el recurso de inconstitucionalidad, proyectan sobre los actos emitidos con posterioridad.

En efecto, para lo que ahora importa, el vicio que padece la sentencia aludida, también acarrea la nulidad de las decisiones que le siguieron, en tanto ellas incluyeron la participación del juez recusado, cuya intervención en el proceso se admitió, conforme quedó dicho en el punto 2, de un modo inapropiado.

Decretada la invalidez de los pronunciamientos *supra* aludidos, así como la de todo lo actuado con posterioridad, los planteos allí involucrados, que conserven actualidad, deberán ser resueltos por la Sala I de la Cámara CAyT ante la que continuará la tramitación de estas actuaciones. A este respecto, cabe aclarar que, aunque el doctor Centanaro integra la Sala I en sustitución de la doctora Weinberg de Roca, conforme lo dispone la resol. 215/03 del Consejo de la Magistratura de la CABA, su participación en autos quedó descartada al progresar la recusación formulada en su contra por la actora.

Por su parte, vale señalar que admitir los planteos de la recurrente, conforme surge de las consideraciones ya expuestas, no implica desmentir las explicaciones brindadas en autos por los magistrados intervinientes sino, solamente, supone que su obrar constituye al menos para la parte motivo justificado para sentir afectada la garantía de imparcialidad que debe presidir el servicio de justicia.

6. El modo en que se resuelve torna innecesario expedirse sobre el resto de las cuestiones propuestas, en particular la presentación de fs. 56/58 (mediante la que la actora informó que fue "deshabilitada" del cargo y solicitó se suspendan los efectos de la resolución que revocó la medida cautelar otorgada a su favor así como la disposición del GCBA que la deshabilitó como Controladota de Faltas), por cuanto ha recobrado vigencia la cautelar otorgada a favor de la accionante.

En consecuencia, oído el señor Fiscal General Adjunto, voto por: *a)* admitir la queja; *b)* hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad de fs. 4/17; *c)* revocar lo resuelto a fs. 110 (incidente, rechazo de la recusación de fs. 108) y hacer lugar a la recusación planteada (art. 31 de la ley 402); *d)* revocar las resoluciones de fs. 156/157 y 165/168 (del incidente); *e)* remitir las actuaciones a la Sala I de la Cámara CAyT para que asuma la tramitación de la causa; *f)* notificar al GCBA, con carácter urgente y con habilitación de días y horas inhábiles lo aquí resuelto en relación con el *statu quo* existente respecto de la relación de empleo que involucra a la señora Sanz como Controladora de Faltas hasta tanto la Sala I resuelva la apelación que pesa sobre la medida cautelar de fs. 69/73 (del incidente), y *g)* poner en

conocimiento de la Sala II de la Cámara CAyT lo aquí resuelto mediante oficio de estilo con copia de esta sentencia.

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

Adherimos al voto de nuestro colega, el juez Luis F. Lozano.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

Ya me he expresado sobre el significado de la exigencia de la *sentencia definitiva* como condición de la competencia del TSJBA conforme al recurso que le es propio (conf. mis opiniones en "Covimet S.A. c/GCBA s/otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 2570/03 y "Covimet S.A. s/queja por recurso de apelación ordinario denegado en 'Covimet S.A. c/GCBA s/medida cautelar'", expte. nº 2461/03, resolución del 17/12/2003; "Unión de Trabajadores de la Educación [U.T.E.] c/GCBA s/medida cautelar s/recurso de apelación ordinario concedido", expte. nº 2593/03, resolución del 21/4/2004; "Cabiche, Roberto s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado" en: "Moreno, Gustavo Daniel c/Asesoría General Tutelar —Ministerio Público— s/otros procesos incidentales en 'Moreno, Gustavo Daniel c/Asesoría Tutelar s/impugnación de actos administrativos'", expte. nº 3259/04, resolución del 9/2/2005). Por supuesto, la decisión que pone fin al incidente de recusación de un magistrado no es una sentencia definitiva, en tanto el proceso seguirá su curso hasta que se dicte una decisión de mérito, después del litigio entre las partes, que revista el carácter expresado, esto es, que ponga fin al asunto mediante una solución que responda al objeto material que se demanda y sobre la base del cual se ejerció la defensa.

La enorme cantidad de excepciones que va admitiendo el TSJBA por mayoría es, a mi juicio, peligrosa institucionalmente en varios sentidos. En un primer sentido —quizás el más jurídico— ello significa abrir la competencia del Tribunal a cualquier caso, esto es, en la práctica, admitir esa competencia cuando el juez que decide, a la manera de los círculos de tiza de Brecht, considere que el proceso está mal encaminado por los jueces de mérito, o que la solución incidental es injusta. Exceso en la competencia vale lo mismo que decir exceso de poder, pues, en el sistema republicano, la competencia concedida por ley funciona a la manera de límite del poder del funcionario público al que se refiere. En un sentido más político, el inmiscuirse continuamente, por diferentes razones, en los procedimientos judiciales que tramitan las instancias de mérito, representa un control continuo de los actos procesales que integran el procedimiento para, eventualmente, tacharlos cuando, según el juez que decide, ellos no son correctos. Control de los actos procesales de un procedimiento judicial de mérito significa, antes bien, control de los jueces que los llevan a cabo dentro de una organización vertical al extremo, en la cual se parte del principio de que quien está en la cúspide tiene siempre razón y la impone. Estas son las razones jurídicas y políticas por las que no acepto la extensión, mediante una cláusula de apertura, de la condición que, en verdad, se propuso

cerrar la competencia del TSJBA, cláusula de apertura que transforma aquello que la ley quiso cerrar. De alguna manera, está también, en el fondo de ella, un pecado de soberbia: siempre los que están en la cúspide tienen razón, son más idóneos, inteligentes y visionarios que los que están debajo de ellos, pensamiento que nada tiene de republicano. La justicia vertical es propia del Estado-nación monocrático, antes de su organización como una República.

Por lo demás, repárese en que, si la tendencia continúa en este sentido, ella tornará imposible la labor racional del TSJBA —como ya la ha tornado respecto de la CSJN— por la cantidad de casos que sólo desde el punto de vista teórico serán pasibles de excitar la jurisdicción de un tribunal pensado para otra tarea. Desde este punto de vista, me pregunto yo: ¿qué pasará con este caso si los jueces cuya recusación ha fracasado, y los que produjeron el acto procesal eventualmente defectuoso, dictan una sentencia sobre el fondo de la cuestión favorable a la actora?; ¿tendrá sentido la recusación planteada por la actora?; ¿podrá el Gobierno, demandado en la ocasión, ampararse en ella para negarle validez a la decisión final, contraria a sus intereses? Esta pregunta, según creo, explica mejor que una larga exposición, el sentido de que la ley contenga la condición de la sentencia definitiva como exigencia para la procedencia del recurso de tribunales que sólo operan excepcionalmente, en el caso de recursos limitados por el motivo de injusticia que propone el recurrente.

Por las razones expuestas, voto en el sentido de rechazar la queja, como lo propone el señor Fiscal General Adjunto

Por ello, oído el señor Fiscal General Adjunto y, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Admitir* la queja planteada por Ana María Sanz.

2º. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por Ana María Sanz, revocar lo resuelto a fs. 110 (incidente, rechazo de la recusación de fs. 108) y *hacer lugar* a la recusación planteada por la actora en contra del juez Esteban Centanaro.

3º. *Revocar* las resoluciones de fs. 156/157 y 165/168 (del incidente).

4º. *Remitir* las actuaciones a la Sala I de la Cámara CAyT para que asuma la tramitación de la causa.

5º. *Notificar* al GCBA, con carácter urgente y con habilitación de días y horas inhábiles lo aquí resuelto en relación con el *statu quo* existente respecto de la relación de empleo que involucra a la señora Sanz como Controladora de Faltas hasta tanto la Sala I resuelva la apelación que pesa sobre la medida cautelar de fs. 69/73 (del incidente).

6º. *Poner en conocimiento* de la Sala II de la Cámara CAyT lo aquí resuelto mediante oficio de estilo con copia de esta sentencia.

7º. *Mandar* que se registre, notifique, agregue la queja al principal y cumpla.

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

LXVII

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSOR GENERAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN INCIDENTE DE BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS EN 'ONISZCZUK, CARLOS ALBERTO S/INFRACCIÓN LEY 255 —APELACIÓN'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Arbitrariedad de sentencia. Beneficio de litigar sin gastos. Perjuicio irreparable. Cuestiones procesales de hecho y prueba.

SUMARIOS:

1. 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. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante ver voto del señor juez José O. Casás).*

2. El recurso extraordinario federal no puede suplir las falencias de los recursos locales que fueron desestimados, primero por la Cámara y luego por el propio Tribunal. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante ver voto del señor juez José O. Casás).*

3. Las alegaciones fundadas en circunstancias de hecho no introducidas en el recurso de queja, y por ello no consideradas por el Tribunal no consiguen demostrar la arbitrariedad del cierre de esta instancia recursiva. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante ver voto del señor juez José O. Casás).*

4. La denegatoria del beneficio de litigar sin gastos imponía al recurrente demostrar la imposibilidad de pago aducida como causa del daño irreparable. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante ver voto del señor juez José O. Casás).*

5. Los agravios dirigidos contra la denegatoria de la carta de pobreza conducen al análisis de cuestiones procesales, de hecho y prueba ajenas a la instancia federal. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante ver voto del señor juez José O. Casás).*

6. Cabe denegar el recurso extraordinario federal frente al pronunciamiento por el cual se denegó el beneficio de litigar sin gastos, cuando no se ha probado fehacientemente la imposibilidad para costear total o parcialmente el proceso, ni se ha explicado claramente cuál es la verdadera situación económica, ni la fuente o cuantía de los ingresos. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

7. La resolución que concede o deniega el beneficio de litigar sin gastos "no causa estado" (art. 76, CCAyT), de modo que no existe ninguna dificultad para acreditar ante la jurisdicción local, por nuevos medios probatorios, la penosa situación económica invocada. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

Expte. nº 5463/07 - 23/4/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Defensor General de la Ciudad interpuso recurso extraordinario federal (fs. 60/79) contra la decisión de este Tribunal de fecha 20/2/2008, por medio de la cual se rechazó el recurso de queja agregado a fs. 23/32.

Resumidamente, el recurrente solicita la apertura de la vía extraordinaria federal por considerar que la decisión impugnada constituye una afectación directa e irreparable del acceso a la justicia, del derecho de defensa e igualdad ante la ley y por entender, además, que es arbitraria. En su opinión, en el decisorio recurrido se afirma dogmáticamente que no existe sentencia definitiva en esta causa, motivo por el cual se le cierra al imputado toda posibilidad de revisión de la denegatoria del beneficio de litigar sin gastos. A su vez, entiende que aquella primera decisión se habría dictado en violación al derecho de defensa, por el modo en que el juez de primera instancia proveyó y valoró las pruebas ofrecidas.

2. El Fiscal General Adjunto, al momento de contestar el traslado conferido (fs. 82/vta.), propició el rechazo del recurso debido a que se vinculaba con una decisión que, en tanto no causa estado, carece del requisito de constituir sentencia definitiva.

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso extraordinario federal ha sido presentado en tiempo oportuno, por escrito, ante el tribunal superior de la causa y cumple con las formalidades impuestas por la Acordada de la CSJN nº 4/07. Sin embargo, debe ser denegado porque no logra exponer un caso federal (art. 14, ley 48; y arts. 256 y 257, CPCCN).

2. La defensa pretende que la Corte Suprema de Justicia de la Nación revise una resolución del Tribunal que, en rigor, sólo implicó el cierre de la última instancia recursiva local.

Según reiterada doctrina de la CSJN, 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). Este principio general reconoce excepciones; una de ellas se presenta cuando se realiza un examen de los requisitos de admisibilidad del recurso con un inusitado rigor formal que implica frustrar una vía apta para el reconocimiento de los derechos en cuestión con menoscabo de la garantía constitucional de la defensa en juicio (*Fallos,* 322:702 y sus citas).

Sin embargo, tal como a continuación se explicará, el defensor no logra demostrar que este último supuesto se haya dado en el caso *sub examine*.

3. Al momento de rechazar el recurso de queja sostuve que la presentación directa ante el Tribunal no lograba demostrar el error en que habría incurrido la Cámara al denegar el recurso de inconstitucionalidad. En este sentido, consideré que el escrito en análisis se limitaba a reiterar de forma desordenada los planteos efectuados con anterioridad, pero no demostraba que la decisión en crisis fuera susceptible de irrogar al imputado un perjuicio irreparable que permitiera equipararla a definitiva ni el carácter constitucional de las cuestiones planteadas.

El recurso extraordinario federal que se intenta ahora —contra el rechazo de la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado— no puede suplir las falencias de aquellos recursos locales que fueron desestimados, primero por la Cámara y luego por el propio Tribunal. Sus alegaciones respecto a los perjuicios que le podría provocar la decisión atacada no consiguen demostrar la arbitrariedad del cierre de esta instancia recursiva, dado que se apoyan en circunstancias de hecho que no fueron introducidas en su queja (fs. 62, primer párrafo, 69/ vta.) y que, por lo tanto, no pudieron ser consideradas por el TSJBA en su decisión del 20 de febrero del corriente año para evaluar si la decisión recurrida podía ser equiparada a definitiva.

4. Por otra parte, el defensor tampoco logra presentar un caso que habilite la competencia apelada de la CSJN, porque los motivos de agravio que intenta sostener se vinculan estrictamente con el modo en que los jueces intervinientes aplicaron las normas locales (procesales y sustantivas) vinculadas con el beneficio de litigar sin gastos, previsto en la Constitución local y reglamentado —centralmente— por el Código Contencioso Administrativo de la Ciudad.

5. Por último, en cuanto a la alegada arbitrariedad de la decisión recurrida, cabe recordar que la admisibilidad del recurso por esta causal es estricta pues "[l]a doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados o que se reputan tales, sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que, deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la sentencia fundada en ley a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N." (*Fallos,* 294:376; 308:2351, 2456; 311:786; 312:246, 389, 608 y 323:2196, entre muchos otros).

6. Por las razones expuestas, voto por denegar el recurso extraordinario federal agregado a fs. 60/79.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. El pronunciamiento de fs. 50/57, que fundado en la interpretación de normas procesales, se limitó a resolver sobre la admisibilidad de un recurso de índole local resulta, por regla, ajeno al ámbito del art. 14 de la ley 48 (*Fallos,* 285:410; 286:136; 302:418 y 308:1577, entre muchos). A su vez, la resolución que venía recurrida —denegatoria de un beneficio de litigar sin gastos— no era una sentencia definitiva, ni tenía fundamentos federales, sino que estaba sustentada en razones no federales cuya arbitrariedad no demostró la parte recurrente.

2. Por su parte, el perjuicio irreparable que se invoca para equiparar esa decisión con una definitiva, consistiría en que el señor Oniszczuk "se verá obligado al pago del depósito previo" que le exige la CSJN, según explica el recurrente, en el marco de la queja rechazada por ese Tribunal mediante la cual la defensa pretendió habilitar la instancia federal para revisar la condena impuesta en el proceso principal del que deriva esta incidencia. Esa circunstancia además, conforme esgrime el señor Defensor General, compromete cuestiones federales pues conculca el derecho a acceder a la justicia y de igualdad ante la ley (arts. 16 y 18, C.N.) en desmedro, también, de lo previsto por los arts. 75, inc. 22, C.N.; arts. 2º y 18, DADDH; arts. 7º y 8º de la DUDH; arts. 8.1, 8.2, 8.2.f, 25.1, CADH; 14.1 y 4, 14.3.b, d y e y art. 26, PDCyP (fs. 66, 68 vta. y 69).

Sin embargo, los motivos que condujeron a denegar el beneficio de litigar sin gastos ahora cuestionado, ponían al recurrente en la necesidad de demostrar la imposibilidad de pago aducida como causa del daño irreparable que invoca. A tal efecto, no bastan los agravios esgrimidos contra la denegatoria de la carta de pobreza que conducen al análisis de cuestiones procesales, de hecho y prueba ajenas a esta instancia como a la federal, circunstancia que priva a las garantías constitucionales invocadas de relación directa con lo resuelto en la decisión atacada, cuya arbitrariedad, reitero, no muestra el recurrente (v. gr. valoración del informe del Registro de la Propiedad, para formar convicción en torno a la situación económica del recurrente).

3. A su turno, las consecuencias pecuniarias que para el recurrente deriven del rechazo de las quejas ya planteadas, o pendientes de decisión, ante la CSJN (conf. art. 286 del CPCCN), involucran obstáculos al ejercicio de la defensa, propios y exclusivos de esa instancia federal, cuya remoción excede la responsabilidad de este Tribunal (conf. mi voto al rechazar la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, fs. 50/57).

Por todo ello, corresponde denegar el recurso federal deducido.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Tal como lo han expuesto en sus votos la señora jueza de trámite, doctora Alicia E. C. Ruiz y el doctor Luis F. Lozano, el recurso extraordinario federal interpuesto a fs. 60/79 debe ser denegado.

En primer lugar, en la decisión que el señor Defensor General pretende recurrir se expresaron las razones por las que lo resuelto en torno al beneficio de litigar sin gastos peticionado no constituye una sentencia definitiva a los fines del recurso de inconstitucionalidad local y su queja. Aquellas razones, a las que me remito, son igualmente aplicables para denegar, ahora, el recurso extraordinario federal.

Las reformulaciones efectuadas por el recurrente en torno a la pretendida influencia que debiera tener el reclamo del depósito correspondiente a la instancia federal (por el rechazo de la queja deducida ante la CSJN, relativa a la condena recaída en el proceso respecto del señor Oniszczuk y por otras incidencias —fs. 62, primer párrafo, y fs. 69—) no resultan idóneas para modificar lo oportunamente afirmado por este Tribunal a fs. 50/57 —para concluir que no se ataca en el caso un pronunciamiento de naturaleza definitiva o equiparable a tal.

Además, el recurso no plantea una cuestión de naturaleza federal pues, como lo exponen mis colegas preopinantes, por un lado, los agravios desarrollados expresan la disconformidad del recurrente con lo decidido por este Tribunal en relación con el alcance de su propia jurisdicción al rechazar un recurso sobre la base de reglas procesales; y de otro lado, sus argumentaciones en torno a la decisión de los jueces de mérito de rechazar su solicitud de litigar sin gastos discurren sobre cuestiones de hecho y prueba, ajenas por definición a la instancia extraordinaria federal.

Por ello, corresponde denegar el recurso extraordinario federal interpuesto.

Así lo voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Los argumentos que expone mi distinguido colega Luis Lozano, en su voto, resultan más que suficientes para concluir que el recurso extraordinario federal deducido debe ser denegado por nuestro Tribunal. En el supuesto de que tales fundamentos de derecho procesal local no bastaran para sustentar esta denegatoria, correspondería reiterar que el pronunciamiento por el cual se denegó el beneficio de litigar sin gastos no es más que una consecuencia directa de la conducta del contraventor, quien, hallándose en condiciones de justificar su necesidad, no se ha "preocupado por probar fehacientemente su imposibilidad para costear total o parcialmente este proceso, ni ha explicado claramente cuál es su verdadera situación económica, ni la fuente o cuantía de sus ingresos" (según mi voto en autos, fs. 55). A diferencia de lo que cree el Defensor General, a lo largo de todo este recurso, las constancias de esta causa no permiten arribar a una solución diferente en cuanto al otorgamiento del beneficio denegado. Ello así, toda vez que, para que quede bien claro, el juez de primera instancia, luego de producida la prueba, entendió (fs. 4/5): *i)* que "los testigos", ofrecidos por el interesado, "desconoce[n] los ingresos del precitado [Oniszczuk]"; *ii)* que se ignora cuál es el "monto" y las "condiciones de la vivienda" que *supuestamente* alquila el peticionante, para lo cual, hasta resulta una obviedad decirlo, hubiera bastado con exhibir un simple 'contrato de locación'; *iii)* que se ignora si los "dos hijos", *aparentemente* "a su cargo", "están [o no] en edad de escolarización" y "si conviven [o no] con él". Dichas conclusiones vinculadas innegablemente con cuestiones de hecho y prueba, ajenas a cualquier instancia de revisión limitada o extraordinaria, de ninguna

manera aparecen controvertidas por el imputado sobre la base de la doctrina de la "arbitrariedad". Es simple, no sirven a estos fines —ni antes, ni ahora— las denuncias efectuadas por el interesado en cuanto a la equivocada forma en la cual el magistrado de grado habría solicitado un informe al "Registro de la Propiedad Inmueble" o aquella (otra) referida a que ese mismo magistrado habría omitido solicitar la remisión de otro expediente *ad effectum videndi et probandi* (sic) en el que un magistrado distinto habría concedido el beneficio que aquí se denegó con respecto al imputado. En el primer caso, como ya lo dije, esta objeción "no sólo no tiene la entidad que la defensa le asigna, sino que, en todo caso, dicho pedido parece reproducir y respetar *literalmente* los términos empleados por la recurrente en su ofrecimiento de prueba (conf. fs. 2 vta., segundo párrafo)" (según mi voto, fs. 55), por lo cual, si se ofició de una manera inadecuada, el error sólo sería atribuible al interesado; mientras que, en el segundo caso, al margen del fiel convencimiento del Defensor General, el criterio que *eventualmente* pudo tener un magistrado de primera instancia con relación a la concesión de un beneficio de litigar sin gastos naturalmente no compele a otro magistrado a adoptar igual criterio, máxime cuando lo que se pretendía con esta "remisión" era prescindir de los testimonios necesarios para acreditar la verosimilitud de las condiciones económicas del imputado y reemplazarlos por la apreciación judicial subjetiva, correcta o incorrecta, que tuvo este otro magistrado respecto de los dichos de ciertos testigos que bien pudieron haber sido convocados por la defensa y no lo han sido (conf. fs. 2/3).

En suma, como paradójicamente explica el Defensor General, *"[l]o decisivo* para la concesión del beneficio de litigar sin gastos *no es la falta de bienes del peticionario sino la posibilidad que tenga de generar recursos*" (conf. *Fallos,* 329:3059; fs. 72 no remarcado en el texto original), posibilidad que ha de tener el interesado, en función de las ganancias que pareciera percibir de los numerosos comercios en los que ha tenido alguna participación (fs. 56), comprobación que no surge de valorar sus "condenas", sino, únicamente, de los datos concretos de la realidad a la que ningún tribunal puede estar ajeno. En consecuencia, el recurrente no logra demostrar que la decisión adoptada haya sido arbitraria, ni que su causa involucre una cuestión federal, sino que todo su razonamiento vuelve a reducirse a una mera disconformidad con los motivos, no federales, "que llevaron a un magistrado a rechazar un beneficio que la propia norma [procesal local] ha consagrado como una excepción a la regla general sobre la responsabilidad por el pago de las costas y cargas del proceso" (según mi voto, fs. 55).

Por lo demás, la mera invocación "del derecho de acceso a la justicia, la igualdad ante la ley y el derecho de defensa en juicio" que el recurrente ha pretendido utilizar para provocar la intervención forzada de la CSJN, parece, en mi opinión, excesiva, toda vez que no se puede hablar seriamente de una imposibilidad de acceder a la justicia, cuando, según lo refiere en su recurso, simultáneamente están siendo cuestionadas distintas resoluciones judiciales mediante tres vías independientes, o recursos de hecho, ante este Tribunal. El depósito que al parecer debe afrontar en una jurisdicción distinta a la local no constituye un obstáculo imputable a este estrado, que, por cierto, no le ha exigido la integración del depósito local (según

lo ha decidido la mayoría del Tribunal), y su "*temor de recurrir* en lo sucesivo *ante el Máximo Tribunal Federal*" (fs. 69 vta.; no remarcado en esa cita), fundado en las erogaciones futuras que podría tener que afrontar de cara a ciertos planteos hipotéticos o conjeturales, justamente pasa por alto lo resuelto por este Tribunal en orden a que una resolución que concede o deniega el beneficio de litigar sin gastos "no causa estado" (art. 76, CCAyT) motivo por el cual, en rigor de verdad, no existe ninguna dificultad para que el peticionante acredite ante la jurisdicción local, por nuevos medios probatorios, la penosa situación económica que de momento en el caso tan sólo aparece invocada (*Fallos,* 325:2623 y 326:287).

Por lo expuesto, voto por denegar el recurso extraordinario federal.

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal agregado a fs. 60/79.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se cumpla con la remisión ordenada a fs. 57, punto 2.

El juez Julio B. J. Maier no suscribe esta resolución por estar en uso de licencia.

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

LXVIII

"PALMERIO, CLAUDIO DANIEL S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'PALMERIO, CLAUDIO DANIEL C/GCBA S/REVISIÓN CESANTÍAS O EXONERACIONES DE EMPL. PÚBL.'" Y SU ACUMULADO EXPTE. Nº 5492/07 "FIGUEIRA, JOSÉ S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'FIGUEIRA, JOSÉ C/GCBA S/REVISIÓN CESANTÍAS O EXONERACIONES DE EMPL. PÚBL.'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Fundamentación. Cosa juzgada. EMPLEO PÚBLICO: Responsabilidad. Sanción administrativa. Cesantía. Principio de igualdad. Tutela sindical. DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA: Control judicial. Razones de oportunidad, mérito o conveniencia. CASO CONSTITUCIONAL: Cuestiones procesales de hecho y prueba. Arbitrariedad de sentencia.

SUMARIOS:

1. Obsta a la procedencia del recurso de queja la ausencia de una crítica desarrollada y fundada destinada a rebatir los fundamentos por los que se resolvió

no conceder el recurso de inconstitucionalidad. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante ver voto de los señores jueces Luis F. Lozano y José O. Casás).*

2. No existe afectación de la cosa juzgada si ambos procesos seguidos ante el fuero laboral nacional y en la justicia en lo contencioso administrativo y tributario local no han versado sobre la misma cuestión, habiendo el juez laboral garantizado la vigencia de la tutela sindical sin expedirse sobre la juridicidad del acto administrativo sancionatorio, cuyo juzgamiento corresponde a los magistrados de la Ciudad. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante ver voto de los señores jueces Luis F. Lozano y José O. Casás).*

3. El criterio de diferenciación, basado en la responsabilidad jerárquica del empleado público, es claramente objetivo y no asoma como persecutorio o irrazonable, ya que en cualquier institución democrática resulta lógico que quienes tienen mayores responsabilidades deban responder en mayor medida por sus faltas, sin que ello importe un menoscabo del principio de igualdad. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante ver voto de los señores jueces Luis F. Lozano y José O. Casás).*

4. La ponderación de la gravedad de la falta de un empleado o funcionario administrativo y la elección de la sanción adecuada resulta una competencia asignada a la Administración pública y solamente en caso de clara irrazonabilidad corresponde dejarla sin efecto. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante ver voto de los señores jueces Luis F. Lozano y José O. Casás).*

5. No configura un genuino caso constitucional la mera discrepancia del accionante con el fallo definitivo de la Cámara, si las criticas giran en torno a cuestiones procesales, de hecho y prueba. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante ver voto de los señores jueces Luis F. Lozano y José O. Casás).*

6. La pretensión de volver por vía administrativa sobre la decisión de la justicia laboral, amparada por la cosa juzgada, es inadmisible porque afecta el derecho de propiedad, el derecho de defensa del accionante y el principio de división de poderes. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 5481/07 - 23/4/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El señor Palmerio interpuso, en los términos de los arts. 464 y 465, CCAyT, recurso judicial de revisión de la cesantía dispuesta en el sumario administrativo 69/01 —expte. nº 16.209/01— y solicitó que se declare la nulidad absoluta de las resols. nº 483-SOySP/02, nº 111-SOySP/03 y 110-SJG/04, por las que se dispone y ratifica su cesantía, y se condene a la demandada a reponerlo en su cargo como agente del GCBA y a indemnizarlo por los daños y perjuicios derivados de la medida expulsiva (fs. 29/40 de la queja).

El GCBA contestó la demanda solicitando su rechazo, con costas (fs. 16/23 de la queja).

La Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario dictó sentencia confirmando el acto recurrido, con costas (fs. 25/28 de la queja).

El accionante interpuso recurso de inconstitucionalidad contra dicha sentencia (fs. 4/14 de la queja), el que fue contestado por el GCBA (fs. 164/167 del expediente principal), y declarado inadmisible por la Cámara, con costas (fs. 2/3 de la queja).

Contra dicha desestimatoria el actor interpuso recurso de queja (fs. 41/51 de la queja).

2. El señor Figueira interpuso, en los términos del art. 464, CCAyT, recurso judicial de revisión de la cesantía dispuesta en el sumario administrativo 69/01 —expte. nº 16.209/01— y solicitó que se declare la nulidad absoluta de las resols. nº 1190-SOySP/03 y 110-SJG/04, y se condene a la demandada a reponerlo en su cargo como agente del GCBA y a indemnizarlo por los daños y perjuicios derivados de la medida expulsiva (fs. 58/72 de la queja).

El GCBA contestó la demanda solicitando su rechazo, con costas (fs. 98/109 de la queja).

La Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario dictó sentencia confirmando el acto recurrido, con costas (fs. 93/97 de la queja).

El accionante interpuso recurso de inconstitucionalidad contra dicha sentencia (fs. 76/91 de la queja), el que fue contestado por el GCBA (fs. 157/160 del expediente principal), y declarado inadmisible por la Cámara, con costas (fs. 74/75 de la queja).

Contra dicha desestimatoria el actor interpuso recurso de queja (fs. 110/126 de la queja).

3. A fs. 57 la señora jueza de trámite decidió acumular ambos expedientes para el dictado de una única sentencia —en los términos de los arts. 170 y 171, CCAyT—, basándose en que el acto administrativo que dio lugar a las impugnaciones judiciales es el mismo.

4. A fs. 135/139 dictaminó el señor Fiscal General Adjunto, propiciando que se rechacen los recursos de queja.

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA M. CONDE dijo:

I. *Ambos recursos de queja han sido interpuestos en legal tiempo y forma, sin embargo deben ser rechazados*

II. *Recurso de queja del señor Figueira*

1. 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 recurso en examen no reúne, ya que los escritos mediante los que se interpusieron los recursos de inconstitucionalidad y de queja, son prácticamente idénticos.

Este Tribunal ya ha dicho reiteradamente que la ausencia de una crítica desarrollada y fundada destinada a rebatir argumentativamente los fundamentos por los cuales la Cámara resolvió no conceder el recurso, obsta a la procedencia de la queja puesto que la presentación resulta así privada del fundamento tendiente a demostrarla (conf. el Tribunal *in re* "Guglielmone, María Dolores s/art. 74, CC s/ recurso de queja", expte. nº 291/00, resolución del 22/3/2000; "Góngora Martínez, Omar Jorge s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Góngora Martínez, Omar Jorge c/Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 3264/04 y sus citas, resolución del 23/2/2005).

2. A pesar de que lo dicho precedentemente sería suficiente para rechazar el recurso, cabe agregar que ni la queja ni el recurso de inconstitucionalidad precedente logran plantear un genuino caso constitucional.

En efecto, ambos recursos contienen tres líneas argumentales, tendientes a demostrar la existencia de un caso constitucional:

Por un lado, sostienen que la Cámara sentenció en forma contraria una cuestión ya resuelta con carácter de cosa juzgada material por la Justicia Nacional del Trabajo en el marco de la ley 23.551. Este proceder implica una violación de sus derechos a la defensa en juicio, el debido proceso, el derecho de propiedad, la seguridad jurídica y la garantía del juez natural.

Por otro lado, afirman que el fallo es arbitrario porque confirma la cesantía a pesar de que por idéntica imputación al agente Guillermo Capella se le impuso una sanción disciplinaria consistente en un "apercibimiento", lo cual viola los derechos de igualdad, defensa en juicio y debido proceso.

Por último, dicen que aún aceptando que el señor Figueira hubiera tenido mayor responsabilidad que el señor Capella, la Administración pública incurrió en desviación de poder, y la sentencia es arbitraria ya que convalida una sanción excesiva y desproporcionada, habida cuenta que la conducta reprochada fue "no haber dejado sentado en la certificación de obras los cambios ordenados por la superioridad" mediante nota 668-SSOySP/98, y que sus antecedentes laborales no merecían reproche alguno.

3. En cuanto al primer planteo, el recurrente no rebate los argumentos vertidos por la Cámara para desestimarlo.

La Cámara sostuvo que "...media 'cosa juzgada' cuando la materia de litigio del nuevo juicio que se promueve ya fue objeto de pronunciamiento judicial. Ello no acontece, cuando obiter dicta, se hacen formulaciones genéricas sobre cuestiones que no forman parte de la materia objeto de jurisdicción. // Así las cosas, considero que la defensa de la actora debe rechazarse, habida cuenta que la acción promovida ante el fuero laboral era a los fines de obtener el desafuero sindical del accionante, no siendo objeto de la misma lo relativo a la juridicidad de los actos administrativos

dictados por la demandada, cuyo juez natural —de conformidad con los arts. 129, C.N. y arts. 1º y 2º de la ley 189— es el Poder Judicial de la Ciudad. Por tanto, interpretando los alcances de la acción promovida ante este Tribunal y la que fue materia de decisión en el fuero laboral nacional, se sigue que ambos procesos tienen diversas finalidades, al margen que obiter dicta el Juez de Primera Instancia haya hecho precisiones sobre los actos en cuestión..." (fs. 95 vta. de la queja).

En vez de explicar por qué considera erróneo el criterio de la Cámara, y cuál es —a su entender— el verdadero objeto del mencionado proceso de tutela sindical, fundándolo en normas, doctrina y jurisprudencia, se limita a invocar las expresiones deslizadas por el juez laboral sobre la ilegitimidad del acto, cuestión que la Cámara no niega, pero le asigna distinto alcance.

En efecto, en su sentencia el juez laboral de primera instancia dice que "...la medida rescisoria dispuesta por su empleadora deviene nula de nulidad absoluta dado que no acudió al procedimiento de exclusión de tutela...", y por ende declara "...la nulidad de la cesantía y traslado dispuestos contra el actor mediante las resols. 483-SoySP/02 y 150-SoySP/01..." (fs. 336 del expte. adm. nº 16.209/2001). Como podemos apreciar, el juez laboral examinó la validez de la cesantía solamente desde el punto de vista del respeto o violación de la tutela sindical, conforme lo prevé el art. 47 de la ley 23.551, pero nada dijo ni estaba habilitado para expedirse sobre los restantes elementos del acto administrativo de cesantía, que quedaron excluidos de la revisión del juez laboral.

De esta manera, el agravio al debido proceso y la defensa en juicio por la presunta vulneración de la cosa juzgada, es aparente. Aquí no existió afectación alguna a la cosa juzgada ya que ambos procesos no versan sobre la misma cuestión, o en otras palabras, el juez laboral garantizó la vigencia de la tutela sindical pero no se expidió, ni pudo hacerlo, sobre los fundamentos de hecho y de derecho en que se basó la cesantía, y sobre la razonabilidad y proporcionalidad de dicha sanción.

Por lo tanto, desaparecidos los motivos que fundamentaron la procedencia de a la tutela sindical, la Administración estaba habilitada para dictar el acto administrativo que dispuso la cesantía del actor sin afectar lo resuelto por la Justicia laboral.

4. El agravio referido a la violación del principio de igualdad, tampoco desarma los argumentos vertidos por la Cámara para justificar el distinto tratamiento que recibieron los imputados en el sumario administrativo en cuestión.

Recordemos que el principio de igualdad implica que todos los hombres están reconocidos como titulares de derechos y obligaciones, que son iguales bajos las mismas circunstancias y las mismas condiciones razonables frente al poder estatal (Badeni, Gregorio: *Derecho constitucional,* Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, p. 242). Según la Corte Suprema de Justicia de la Nación, "la garantía de igualdad consagrada por el art. 16 de la C.N. no obsta a que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considera diferentes, con tal que la discriminación no sea arbitraria ni importe ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o grupos de personas, aunque su fundamento sea opinable" (*Fallos,* 299:181; 300:194,

1049, 1087; 301:1185; 302:192; 305:823; 310:849, 943, 1080; 311:1451, 2781; 312:840, entre muchos otros), y "la garantía de igualdad importa el derecho de todos los habitantes a que no se establezcan privilegios o excepciones que excluyan a unos lo que se les concede a otros en idénticas circunstancias" (*Fallos,* 321:3481 y 321:3542, entre otros).

La Cámara sostuvo que "...el cargo jerárquico que ostentaba el actor, se exhibe como óbice para ponderar su situación de identidad de circunstancias con las del agente Arq. Guillermo Capella..." (fs. 96 vta. de la queja). De esta manera, convalidó el criterio de la Administración pública local que, en la resolución 1190-SOySP/03 —que dispuso la cesantía del señor Figueira—, sostuvo que "...los agentes Palmerio y Figueira encuentran agravada su responsabilidad por sus funciones de Jefe de Departamento y Director, respectivamente, teniendo dentro de ellas el seguimiento diario de la obra licitada; en tanto que la responsabilidad de Capella resulta atenuada pues era su responsabilidad efectuar una valoración técnica semanalmente..." (fs. 393 vta. del expte. adm. nº 16.209/01).

El criterio de diferenciación, basado en la responsabilidad jerárquica, es claramente objetivo y no asoma como persecutorio o irrazonable, todo lo contrario, ya que en cualquier institución democrática resulta lógico que quienes tienen mayores responsabilidades deban responder en mayor medida por sus faltas. *Contrario sensu,* lo que resultaría violatorio del principio de igualdad es que reciban el mismo castigo quienes tienen distintas responsabilidades.

Cabe aclarar que las precedentes afirmaciones no implican expedirme sobre la legitimidad de la sanción impuesta al señor Capella.

5. Por último, en cuanto a la razonabilidad de la medida, cabe hacer las siguientes aclaraciones.

En primer lugar, se equivoca el recurrente al sostener que fue cesanteado por "no haber dejado sentado en la certificación de obras los cambios ordenados por la superioridad". Como quedó claramente expresado en el acto administrativo que dispuso su cesantía (resol. 1190-SOySP/03), el cargo imputado fue más grave: "...haber verificado trabajos sin formular observaciones y suscripto certificados de obras que no se corresponden con las especificaciones técnicas de la contratación realizada con la empresa Bachelor S.A., adjudicataria de la licitación pública 172/97..." (fs. 393 vta. del expte. adm. nº 16.209/2001).

En segundo lugar, la tantas veces invocada nota 668-SSOySP/98, suscripta por el Subsecretario de Obras y Servicios Públicos y dirigida al Secretario de Obras y Servicios Públicos, realiza ciertas consideraciones técnicas referidas a la obra pública consistente en la "Construcción de sumideros nuevos, obras conexas y ampliación de la Red Pluvial en la Ciudad de Buenos Aires" (licitación pública nº 172/97) y concluye diciendo que "...Se considera conveniente recomendar la instalación de estas rejillas en vez de las especificadas en la licitación citada anteriormente..." (fs. 205 del expte. adm. nº 16.209/01).

Es impensable sostener que esa mera "recomendación" dirigida por un funcionario a otro superior —ninguno de los cuales es el accionante— significó una

"orden" que obligó al actor a certificar trabajos nunca hechos en el marco de dicha obra pública. La Cámara se expidió en este sentido (ver fs. 97 vta. de la queja), y las críticas deslizadas por el recurrente al respecto traslucen una mera discrepancia pero no logran conmover el presente razonamiento.

En tercer lugar, la sanción específica a aplicar al detectar una conducta reprochable por parte de alguno de sus agentes, resulta una facultad discrecional de la Administración pública.

Si bien en un Estado de derecho la discrecionalidad administrativa también puede ser objeto de revisión judicial —o al menos en algunos de sus aspectos—, lo cierto es que en lo referido al "contenido" u "objeto" es donde resulta más dificultoso el control judicial, ya que allí se pone de manifiesto la oportunidad, mérito o conveniencia del acto (Marienhoff, Miguel S.: *Tratado de derecho administrativo,* t. II, nº 468, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 452).

La ponderación de la gravedad de la falta de un empleado o funcionario administrativo y la elección de la sanción adecuada resulta una competencia asignada a la Administración pública, y solamente en caso de clara irrazonabilidad corresponde dejarla sin efecto.

En este supuesto la Cámara consideró que la cesantía era razonable atento la gravedad de las conductas imputadas a la actora, y el accionante no aportó argumentos, hechos o pruebas que desvirtúen esta conclusión. Certificar obras nunca realizadas, máxime teniendo en cuenta la envergadura económica de las obras licitadas, no parece ser una falta menor, todo lo contrario.

Y no olvidemos que la doctrina de la arbitrariedad, dado su carácter excepcional, exige de quien la invoca la demostración rigurosa e inequívoca del vicio que atribuye al fallo recurrido (*Fallos,* 303:387). Por lo tanto, que la parte recurrente discrepe con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que la sentencia devenga infundada y, por ende, arbitraria (conf. *Constitución y Justicia* —Fallos del TSJBA—, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, t. I, pp. 282 y ss., en: "Federación Argentina de Box c/GCBA s/acción de inconstitucionalidad", expte. nº 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).

6. En conclusión, los recursos de inconstitucionalidad y queja demuestran la mera discrepancia del accionante con el fallo definitivo de Cámara, pero no logran configurar un genuino caso constitucional, ya que las críticas giran en torno a cuestiones procesales, de hecho y prueba, sin relacionarlas adecuadamente con la vulneración de las cláusulas constitucionales invocadas.

Aunque el recurrente menciona los derechos constitucionales que considera lesionados (igualdad ante la ley, defensa en juicio, debido proceso, derecho a la propiedad y garantía del juez natural), la queja no logra conectar de manera directa los agravios que a su criterio le provoca la sentencia impugnada con la aplicación

de las reglas constitucionales antes mencionadas, como tampoco lo hizo, antes, el recurso de inconstitucionalidad.

La referencia a principios y preceptos constitucionales, sin un adecuado desarrollo que los vincule con las cuestiones debatidas en el proceso, carece de entidad para que se considere que la controversia trata sobre la interpretación o aplicación de normas contenidas en la Constitución (art. 113, inc. 3º, CCBA), pues, como lo ha señalado el Tribunal desde sus inicios, "si bastara la simple invocación de un derecho o garantía de raigambre constitucional, este Tribunal se vería convertido, de ordinario, en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad" (conf. "Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja", expte. nº 131/99, sent. del 23/2/2000, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. II, pp. 20 y ss.).

III. *Recurso de queja del señor Palmerio*

El recurso de queja interpuesto por el señor Palmerio contiene similares planteos —la mayoría de ellos, incluso, utilizando los mismos términos— y defectos que los mencionados al analizar el recurso de queja del señor Figueira, exceptuando el agravio referido a la violación de la cosa juzgada, ya que el señor Palmerio no gozaba de tutela sindical al investigarse y sancionarse su conducta, ni por ende inició ninguna acción al respecto ante la Justicia laboral.

En primer lugar, la queja no contiene una crítica concreta y razonada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad, lo que justificaría el rechazo inmediato de la queja.

En segundo lugar, ni la queja ni el recurso de inconstitucionalidad precedente logran plantear un genuino caso constitucional:

La presunta violación al principio de igualdad originada porque por idéntica imputación al agente Guillermo Capella se le impuso una sanción disciplinaria consistente en un "apercibimiento", resulta infundada, ya que la diferenciación en la sanción obedeció a un factor objetivo, el distinto grado de responsabilidad derivado del cargo que detentaba, tal como fue explicado en el apart. II.4 de este voto, al que me remito.

Los invocados vicios de desviación de poder e irrazonabilidad de la cesantía, habida cuenta que la conducta reprochada fue "no haber dejado sentado en la certificación de obras los cambios ordenados por la superioridad" mediante nota nº 668-SSOySP/98, y que no se tuvieron en cuenta sus antecedentes laborales, también carece de sustento, ya que la presunta "orden" no fue tal, y la ponderación de la conducta disvaliosa y la elección de la sanción a aplicar resultan facultades discrecionales de la Administración pública que no han sido ejercidas arbitrariamente, todo lo cual fue explicado en el apart. II.5 de este voto, al que me remito.

La tacha de arbitrariedad en realidad constituye una mera discrepancia con lo decidido por la Cámara, pero no demuestra que la sentencia recurrida presente un vicio que la invalide como acto jurisdiccional.

En definitiva, el recurso en cuestión versa sobre cuestiones procesales, de hecho y prueba que, por regla, son materia ajena al recurso de inconstitucionalidad.

IV. Por todo lo expuesto, voto por rechazar los recursos de queja interpuestos por los señores Figueira y Palmerio.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Coincido con la jueza de trámite, doctora Ana María Conde, en que las quejas deducidas deben ser rechazadas por no encontrarse acreditada la existencia de un caso constitucional susceptible de ser tratado en esta instancia.

Las reflexiones vertidas por mi colega en su voto me permiten sintetizar el mío de la siguiente forma:

2. Trataré en primer término los dos planteos que, por haber sido formulados en iguales términos y por estar dirigidos a controvertir los mismos hechos, resultan comunes en ambas presentaciones —violación del principio de igualdad e irrazonabilidad de la medida adoptada.

2.1. El agravio relativo a la violación del principio de igualdad no está relacionado con la garantía; a fin de establecer lo cual basta con advertir que la desigualdad invocada no es una desigualdad ante la ley, es decir, no se refiere a una que sea producto de introducir una discriminación en una norma de alcance general, que es lo que buscan tutelar los arts. 11 de la CCBA y 16 de la C.N. Los recurrentes se limitan a señalar con sus argumentos una supuestamente injustificada disparidad de tratamiento consistente en el distinto resultado al que llegó la Administración en casos que los actores estiman iguales, pero a cuyo respecto no se hacen cargo de los fundamentos con que la Cámara consideró que el modo en que ejerció la Administración su facultad disciplinaria estaba, en el caso de los hoy recurrentes, suficientemente fundado.

2.2. Tampoco puede prosperar el planteo relativo a la falta de razonabilidad de las medidas adoptadas, puesto que, tal como señala la doctora Conde, los recurrentes no logran rebatir los argumentos que dio el *a quo* para estimar que la Administración no había excedido el margen de discrecionalidad que la ley le otorga para actuar frente a hechos como los imputados a los actores (conf. arts. 50 de la ley 471 y 34, inc. k], de la ordenanza 40.401).

3. Igual suerte debe correr el agravio relativo a la violación de la cosa juzgada formulado por el señor Figueira. Establecer el alcance de la cosa juzgada constituye una cuestión de derecho procesal y, por ende, propia de los jueces de mérito (conf. *Fallos,* 286:143, entre muchos otros). Y, dicha cuestión ha sido resuelta por la Cámara con fundamentos cuya arbitrariedad no muestra el recurrente.

No varía lo expuesto la jurisprudencia de la Justicia Nacional del Trabajo con arreglo a la cual el pronunciamiento relativo al pedido de exclusión de tutela sindical no es de naturaleza cautelar sino que versa acerca del fondo. Ello así, porque lo que se discute en el *sub examine* es cuáles son los límites objetivos de ese pronunciamiento y éstos, según el desarrollo que tuvo esta causa, son los establecidos por la sentencia recurrida, los que sólo podrían ser revisados si el recurrente mostrara un palmario desconocimiento de aquella cosa juzgada, situación que no se halla

acreditada en autos, dado que el fallo impugnado suministra una interpretación de dichos límites apoyada en una reflexión posible del juez cuya validez no reposa en suponer cautelar el pronunciamiento de la justicia laboral.

Por lo demás, cabe señalar, que el recurrente no ha discutido los alcances de la tutela gremial, sino, únicamente, los que pudo proyectar sobre ella la decisión de la justicia laboral que rechazó el pedido del GCBA de exclusión de dicha tutela.

Por ello, y lo concordantemente dictaminado por el Fiscal General Adjunto, voto por rechazar las quejas deducidas por los señores Figueira y Palmerio.

El juez José O. Casás dijo:

1. Los recursos de queja interpuestos por los señores Claudio Daniel Palmerio y José Figueira no pueden tener favorable acogida en esta instancia, dado que los recurrentes no han logrado plantear un caso constitucional en los términos del art. 27 de la ley 402.

2. En punto a los agravios relativos a la supuesta violación del principio de igualdad y a la invocada falta de razonabilidad de las sanciones administrativas adoptadas —planteos coincidentes en ambos recursos de queja, dado que las sanciones de cesantía aplicadas a los actores fueron consecuencia de la comprobación de los hechos que se dilucidaron en el sumario 69/01—, hago propios los fundamentos desarrollados en el voto de la señora jueza de trámite, doctora Ana María Conde, y aquellos que, en sentido concordante, expresa en su voto el doctor Luis F. Lozano, en tanto ponen acabadamente de resalto los motivos por los cuales corresponde rechazar los recursos deducidos.

3. Con respecto al agravio referido a la alegada violación del principio de cosa juzgada formulado por el señor Figueira con apoyo en lo resuelto por la Justicia Nacional del Trabajo en un proceso de exclusión de tutela sindical iniciado por el GCBA contra el mencionado recurrente, también comparto la solución a la que arriban mis aludidos colegas.

En este sentido, la Sala II de la Cámara CAyT, luego del estudio integral de las dos contiendas en cuestión, expresó que la decisión recaída en el proceso ventilado ante la Justicia Nacional del Trabajo no ha podido proyectar a este expediente contencioso-administrativo iniciado con posterioridad los efectos de la *res iudicata* con la extensión pretendida por el actor.

A su turno, el recurrente sólo insiste en destacar el alcance que tendría la sentencia de primera instancia que rechazó el pedido de exclusión de tutela sindical, sin lograr controvertir de manera concreta y razonada las puntuales explicaciones brindadas por la Cámara a la hora de concluir que las valoraciones efectuadas en el curso de aquel juicio sobre los distintos requisitos esenciales del acto segregativo aplicado a Figueira, con excepción de aquellas vinculadas al vicio en su objeto que surgía por haberse dispuesto una cesantía a un delegado gremial sin la exclusión previa de su tutela sindical, fueron realizadas *obiter dicta*.

Por las consideraciones expuestas corresponde rechazar los recursos de queja deducidos.

Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de queja interpuesto oportunamente por el señor Palmerio debe ser desestimado. Como bien indica el señor Fiscal General Adjunto en su dictamen de fs. 135/139 carece de una crítica desarrollada y fundada destinada a rebatir argumentativamente los fundamentos por los cuales la Cámara resolvió no conceder el recurso de inconstitucionalidad.

2. Otra es la situación del recurso de queja correspondiente al expediente acumulado, expte. nº 5492/07, "Figueira, José s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en/ Figueira José c/GCBA s/revisión cesantías o exoneraciones de empl. público".

En ese proceso el actor a lo largo de todo el trámite administrativo y judicial planteó desde el escrito de inicio la existencia de cosa juzgada y la nulidad absoluta e insanable de la resol. 483-SOySP/02 recaída en el expte. adm. nº 16.209/01, sumario 69/01. El quejoso argumentó que al tiempo de la cesantía era delegado gremial por el Sindicato Único de Trabajadores del Estado de la Ciudad de Buenos Aires (SUTECBA) y promovió acción sumarísima de reinstalación en el cargo con fundamento en el art. 52 de la ley 23.551 ante la Justicia Nacional del Trabajo (expte. nº 23.780/02). En ese expediente la demandada se allanó a los términos de la acción y la sentencia dictada declaró la nulidad de la resol. 483-SOySP/02 y condenó al GCBA a reinstalarlo en forma definitiva.

El Gobierno, sin embargo, promovió luego una acción de exclusión de tutela sindical en los términos de la ley 23.551 ante la Justicia Nacional del Trabajo (expte. nº 27.375/02). Allí afirmó que por resol. 483-SOySP/02 dispuso sancionar con cesantía al agente Figueira por "haberse verificado trabajos sin formular observaciones y suscripto certificados de obras que no se corresponden con las especificaciones técnicas de la contratación realizada con la empresa Bachelor S.A. adjudicataria de la licitación 172/97". El juez interviniente entendió que "...en las presentes actuaciones, la cuestión a dilucidar es el determinar si la causal esgrimida por la empleadora para disponer la cesantía del actor, resulta justificada", y luego de valorar la prueba producida y demás elementos de la causa, rechazó la pretensión de exclusión de tutela sindical. Para así decidir, tuvo especialmente en cuenta que "los superiores jerárquicos del demandado tenían conocimiento y autorizaron la instalación de las tapas en cuestión, en lugar de los especificado en el pliego 172/87", que "de la nota de fecha 22/12/1998, nº 668-SSOySP/98 obrante en el sumario labrado, se informó oportunamente, al señor secretario Nicolás Gallo sobre la conveniencia de recomendar la instalación de estas rejillas en vez de las especificadas en dicha licitación, refrendada al pie por el mismo, lo que permite

determinar que ello implicaba una autorización; [q]ue la medida dispuesta para el agente Figueira, aparece como excesiva y desproporcionada, por cuanto se ha aplicado la máxima sanción, mientras que en el caso del señor Capella, ante la misma causa esgrimida, en principio se había impuesto una suspensión de 30 días, que luego fue reducida a un mero 'apercibimiento'" y, por fin, "que el accionado no ha registrado sanciones disciplinarias durante el transcurso de su relación y que en el caso de que la empleadora hubiera entendido que los motivos expuestos implicaban un incumplimiento a la normativa de aplicación, en salvaguarda del principio de subsistencia del contrato de trabajo, debió en primer lugar haber hecho uso de las demás facultades disciplinarias que dispone la ley y no proceder con la mayor sanción, dejando de lado así el principio de proporcionalidad entre la falta y la sanción".

Esta sentencia dictada el 25/3/2003 por el titular del Juzgado Nacional del Trabajo Nº 35 fue apelada por la demandada, confirmando la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo lo resuelto por el magistrado de primera instancia con fecha del 30/5/2003.

De lo expuesto se sigue que los hechos que motivaron las resols. 1190-SOyP/03 y 110-SJG/04 se encuentran alcanzados por la autoridad de la cosa juzgada y que esas resoluciones son absoluta e insalvablemente nulas. En consecuencia, lesiona el derecho de propiedad, el derecho de defensa del accionante y el principio de la división de poderes y es inadmisible la pretensión de volver por vía administrativa sobre aquello que feneció en un proceso judicial y que está amparado —lo reitero— por la cosa juzgada material. La conclusión a la que arribo es usual en los fallos de fueros con versación en materia laboral. Menciono solo a título de ejemplo algunas decisiones de diversos tribunales de trabajo: Sala I, de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en "Ciudad de Buenos Aires c/Ferrari Juan D.", sent. del 31/8/2005; Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en "Cordero Cavallo & Lartaret S.A. c/Corcel, Roberto", sent. del 22/6/2005; Tribunal del Trabajo de Bahía Blanca, en "Silviani, Juan C. c/Cooperativa de Provisión de Elect. y otros Ser. Públicos de Créd. y Vivienda"; sent. del 11/8/1994; entre muchos otros).

El empleador, como surge de la sentencia del juez laboral, propuso un debate pleno sobre los hechos que justificaban su pretensión de exclusión de tutela sindical; debate contradictorio que se desarrolló en el marco de un proceso de conocimiento, todo lo cual demuestra que hubo oportunidad de alegación y de prueba para ventilar la responsabilidad de Figueira que diera origen a la iniciación del sumario administrativo 69/01. La cuestión quedó, una vez firme el juicio de trabajo —expte. nº 27.375/02—, bajo el amparo de la cosa juzgada.

La defensa del principio de la cosa juzgada y el caso constitucional traído por el recurrente en todas su presentaciones, el inexcusable deber de la suscripta de respetar los más elementales garantías constitucionales y específicamente lo prescripto por el art. 282, último párrafo del CCAyT, sustentan la decisión de declarar

la existencia de la cosa juzgada y, en consecuencia la irreversibilidad de la nulidad absoluta de las resols. 1190-SOyP/03 y 110-SJG/04. Por estas razones voto por revocar parcialmente la sentencia definitiva del tribunal superior de la causa.

3. En cuanto a los daños y perjuicios solicitados por Figueira, el único elemento objetivo probado en la causa es la pérdida de sus salarios caídos, que fijan el alcance de la reparación por cuanto le son legítimamente adeudados al trabajador (conf. art. 17, C.N. y considerando especialmente el cambio de criterio de la CSJN *in re,* R. 129. XXXVII, "Ruiz, Emilio David c/DGI s/despido"). También corresponde disponer su reinstalación en el puesto que desempeñaba, tal como fuera solicitado en la demanda [garantía de estabilidad con la que se encuentra tutelado el empleo público (conf., art. 14 bis, C.N.)].

Por lo expuesto precedentemente *voto* por: *1)* Rechazar el recurso de queja del señor Palmerio, con costas. *2)* Declarar admisible la queja interpuesta por el señor Figueira, revocar la decisión impugnada y: *a)* declarar la nulidad absoluta de las resols. 1190-SOyP/03 y 110-SJG/04, *b)* ordenar la reinstalación inmediata del actor en el ámbito laboral respetando su situación de revista y demás condiciones laborales y, *c)* disponer el pago de la totalidad de los salarios caídos desde la fecha del último haber percibido hasta el momento de efectivizarse su reincorporación (conf. art. 17, C.N. y considerando especialmente el cambio de criterio de la CSJN *in re,* R. 129. XXXVII, "Ruiz, Emilio David c/DGI s/despido") cuyo monto devengará intereses desde que cada suma fue debida y hasta el momento de su efectivo pago. A tal fin se aplicará la tasa pasiva publicada por el Banco Nación Argentina.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el señor Fiscal General Adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* las quejas planteadas por los señores Claudio Daniel Palmerio y José Figueira.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se agregue copia de esta sentencia en los autos "Figueira, José c/GCBA s/revisión cesantías o exoneraciones de empl.públ.", se agreguen las quejas acumuladas al expediente "Palmerio, Claudio Daniel c/GCBA s/revisión cesantías o exoneraciones de empl. públ.", y se devuelvan los autos principales al tribunal remitente.

El juez Julio B. J. Maier no vota por estar en uso de licencia.

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

LXIX

"GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS C/GCBA S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD"

ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD: Control concentrado y abstracto. Norma de carácter local. Recurso extraordinario federal.

SUMARIOS:

1. El carácter concentrado y abstracto del control de constitucionalidad de la acción declarativa, con exclusiva incidencia en asuntos locales, impide que la sentencia sea susceptible de recurso extraordinario federal. *(Voto del señor juez Luis. F. Lozano).*

2. En el sistema de control difuso que establece el art. 31 de la C.N., el interesado en cuestionar una norma que afecta alguno de sus derechos, puede coronar su defensa con el recurso extraordinario federal. *(Voto del señor juez Luis. F. Lozano).*

3. En el control abstracto del art. 113, inc. 2º de la CCBA, la pretensión culmina en la sede de este Tribunal, y la sentencia tendrá como efecto, o bien la derogación de la norma impugnada con alcance general, o el rechazo del planteo con mantenimiento de la vía del control difuso, si mediare afectación de un derecho subjetivo del interesado. *(Voto del señor juez Luis. F. Lozano).*

4. La acción declarativa de inconstitucionalidad (arts. 113, inc. 2º, CCBA) sólo puede estar dirigida contra normas locales, no contra las que emanan de autoridades nacionales, de modo 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. *(Voto del señor juez Luis. F. Lozano).*

5. La acción declarativa de inconstitucionalidad no tiene por objeto un conflicto entre partes acerca de una situación incierta relativa a la existencia o alcance de sus derechos subjetivos, ni requiere un examen sobre la legitimidad, sino que pone en crisis la validez de una norma local de alcance general por oposición a la CCBA. *(Voto del señor juez Luis. F. Lozano).*

6. El recurso extraordinario federal debe satisfacer el requisito común o jurisdiccional 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. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

7. A los efectos del recurso extraordinario federal sólo pueden ser consideradas causas contenciosas aquellas en las que se persigue en concreto la determinación del derecho entre partes adversas y no los planteos en los que se procura la declaración general y directa de inconstitucionalidad de las normas o actos de los otros poderes. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

8. 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. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

9. No es posible 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. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

10. No existe razón alguna para justificar que, sin menoscabo de la autonomía que la Constitución Nacional garantiza en el art. 129 a la Ciudad de Buenos Aires, un órgano federal intervenga en un mecanismo participativo puramente local, como lo es la acción declarativa. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

11. Las particularidades que presenta la acción declarativa de inconstitucionalidad impiden corroborar la existencia de un "caso, causa o controversia judicial" (art. 2º, ley 27) susceptible de habilitar la vía recursiva del art. 14 de la ley 48. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

12. La resolución sobre la admisibilidad del recurso extraordinario federal interpuesto contra una sentencia que resolvió declarar la inconstitucionalidad con efecto *erga omnes* de un precepto de rango legal (art. 4º, ley 2145) debe ser diferida hasta tanto la Legislatura de la Ciudad decida si ratifica la vigencia del precepto citado de conformidad con el procedimiento previsto en el art. 113, inc. 2º, CCBA. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

Expte. nº 5296/07 - 23/4/2008

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. El GCBA interpone recurso extraordinario federal (fs. 142/161) contra la sentencia de fs. 66/93, que resolvió por mayoría hacer lugar a la acción deducida y declarar la inconstitucionalidad del art. 4º de la ley 2145.

Plantea, sustancialmente, la arbitrariedad de sentencia y gravedad institucional.

2. Del recurso se dio traslado a la actora que, en su contestación de fs. 167/168, pidió su rechazo.

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. El recurso extraordinario federal deducido a fs. 142/161 ha sido interpuesto en tiempo oportuno (art. 257 del CPCCN), sin embargo, no es admisible.

2. En la causa "Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 2490/03 (resolución del 16/9/2004)

expuse las razones que justifican declarar la improcedencia del recurso extraordinario federal en los casos en los que se dirige a cuestionar sentencias dictadas en el proceso previsto por el art. 113, inc. 2º de la CCBA. A continuación reproduzco, en lo pertinente, tales consideraciones:

> "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' (TSJBA, *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. nº 70/99, resolución del 27/12/1999, *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. I, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, pp. 713 y ss.; 'Liga de amas de casa, usuarios y consumidores de la República Argentina y otros c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad', expte. nº 480/2000, resolución del 13/12/2000 y 'Arbitra S.A. c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad', expte. nº 386/00, resolución del 21/6/2001). También tomo como propios los argumentos complementarios de la doctora Ruiz desarrollados en la causa 'YPF S.A. c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad' (expte. nº 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 inadmisible. 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 Corte Suprema de Justicia de la Nación *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, 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 Corte Suprema de Justicia de la Nación ha encontrado la reglamentación legislativa del concepto de causa contenido en el antiguo art. 100, hoy 116 de la C.N. A la luz de lo que esos textos disponen, el Poder Judicial federal debe ser ejercido en una controversia actual y concreta entre partes adversas. Tal presupuesto no se verifica en estas actuaciones, 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 (p. ej., de condena o determinativas de derechos). En el precedente 'Massalín' 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 aquélla. 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 Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en la Constitución Nacional 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' (*Constitución y Justicia* [Fallos del TSJ-BA], t. I, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, pp. 56 y ss., *in re* 'Massalin Particulares S.A. c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad', expte. nº 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 CABA 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 contempla-

das 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 le 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 Corte Suprema de Justicia de la Nación 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. v. 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 Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires 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 transcriptos más arriba, así como en los vertidos por la doctora 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 éestos 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,[9] en tanto los requisitos relativos a la existencia de un caso o controversia estén igualmente presentes'.[10] 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

[9] Que, a diferencia de los actores, estaban legitimadas según las reglas federales.

[10] *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 U.S. 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.*

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 pueden 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 Corte Suprema de Justicia de la Nación 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 Corte Suprema de Justicia de la Nación 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 eventualmente estuviere sufriendo o que podría sufrir si le fuera aplicada o de una hipotética relación jurídica 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".

"Iguales 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 (v. 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 Corte Suprema de Justicia de la Nación 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 ese orden de ideas, como lo ha destacado la jurisprudencia norteamericana, 'al decidir sobre la legitimación resulta necesario determinar si hay un nexo lógico entre el status afirmado [por el litigante] y el reclamo que se procura satisfacer', el cual 'resulta esencial para garantizar que [aquél] sea una parte propia y apropiada que puede invocar el poder judicial federal' ('Flast v. Cohen', 392 U.S. 83), y, en definitiva, y como fue señalado por el juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, Antonin Scalia, a fin de preservar al Poder Judicial de 'la sobrejudicialización de los procesos de gobierno' ('The doctrine of standing as an essential element of separation of powers', *17 Suffolk Univ. Law Review,* 1983, p. 881). En síntesis, la parte debe demostrar la existencia de un 'interés especial' en el proceso ('Sierra Club v. Norton', 405 U.S. 727) o, como ha expresado esta Corte (*Fallos*, 306:1125; 307:1379; 308:2147; 310:606, entre muchos otros) [...] Que, 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 subrayado no se encuentra en el original)".

"*7.* 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 CBA 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 prefiere 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".

"8. Finalmente en el precedente 'Iraizoz' la CSJN (I.7, L.XXXVI, 'Iraizoz, Juan Fermín c/GCBA', sent. 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".

3. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha considerado inadmisible el recurso extraordinario interpuesto contra una sentencia dictada por este Tribunal en un proceso de control de constitucionalidad abstracto (art. 113, inc. 2º de la CCBA), como el que nos ocupa. En autos "Macbar S.R.L. c/GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 67/2005, t. 41, letra M, resolución del 14/11/2006, ese Tribunal desestimó la queja articulada para acceder a la revisión federal mencionada invocando las previsiones del art. 280 del CPCCN "y de lo dictaminado por el señor Procurador Fiscal subrogante" quien, por su parte, había propiciado esa solución por cuanto "la pretensión dirigida a que se declare 'en abstracto' la inconstitucionalidad del art. 10.2.20 del Código de Habilitaciones AD 700.49 no constituye 'causa' o 'caso contencioso' que permita la intervención del Poder Judicial de la Nación (conf. art. 116 de la ley fundamental citado)".

4. Finalmente, aún si pudiera quedar soslayada la inexistencia de causa, obstaría también al recurso federal la ausencia del requisito del art. 14, inc. 2º de la ley nacional 48 relativo a la declaración de validez de la norma local.

5. Lo expuesto, que es determinante para decidir negativamente la suerte del recurso federal, torna innecesario el tratamiento de los argumentos referidos

a las presuntas arbitrariedad de sentencia y gravedad institucional que desarrolla el recurrente.

Por todo ello considero que el recurso extraordinario interpuesto debe ser denegado. Costas a la vencida. (art. 68, CPCCN).

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. Coincido con la solución propuesta por el juez de trámite, doctor Luis F. Lozano, en cuanto decide declarar inadmisible el recurso extraordinario federal interpuesto por el gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a fs. 141/161, con costas.

2. El recurso no satisface el requisito común o jurisdiccional de 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" (*Fallos,* 308:2147 y 322:528 entre otros).

Como expliqué al votar en la causa "Bandieri, Luis María y otro c/GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 4795, resolución del 8/2/2007, tal necesidad —ha establecido la CSJN— "surge de los arts. 116 y 117 (100 y 101 antes de la reforma de 1994) de la C.N., los cuales, siguiendo lo dispuesto en la sección II del art. III de la ley fundamental norteamericana, encomiendan a los tribunales de la república el conocimiento y decisión de todas las 'causas', 'casos' o 'asuntos' que versen —entre otras cuestiones— sobre puntos regidos por la Constitución; expresiones estas ultimas que, al emplearse de modo indistinto, ha de considerarse sinónimas, pues, como afirma Montes de Oca con cita de Story, en definitiva, aluden a 'un proceso (...) instruido conforme a la marcha ordinaria de los procedimientos judiciales' (*Lecciones de derecho constitucional*, t. II, Menéndez, Buenos Aires, 1927, p. 422). De ahí que, en análoga línea de razonamiento, al reglamentar al citado art. 100 (hoy 116), el art. 2º de la ley 27 expresa que la justicia nacional 'nunca procede de oficio y sólo ejerce jurisdicción en los *casos contenciosos* en que es requerida a instancia de parte' (destacado añadido)" (*Fallos,* 322:528).

Más aun, la CSJN ha descartado la existencia de causa o caso "cuando se procura la declaración general y directa de inconstitucionalidad de normas o actos de otros poderes" (*Fallos,* 12:373; 156:318; 243:176; 256:104; 256:386 y 307:2384 entre muchos otros). Ello es particularmente claro en el *sub judice* que trata sobre el instituto creado por el art. 113, inc. 2º, de la CCBA —acción declarativa de inconstitucionalidad— destinado a provocar la declaración de inconstitucionalidad en abstracto y con una proyección *erga omnes* de normas de alcance general —y al cual los actores se han sometido voluntariamente—, en la medida de que los jueces de la Nación —para el caso la Corte Suprema, recurso extraordinario mediante— "según el mandato constitucional (...) no pueden tomar por sí una ley o una cláusula constitucional y estudiarla e interpretarla en teoría, sino solo 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).

Tal es el criterio que he sostenido en oportunidad de pronunciarme en la causa "Macbar S.R.L. c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 2577/03, resolución del 16/12/2004, en la que precisé que para la Corte Suprema de Justicia de la Nación sólo pueden ser consideradas causas contenciosas —en los términos del art. 2º de la ley 27— aquellas en las que se persigue en concreto la determinación del derecho entre partes adversas y no los planteos en los que se procura la declaración general y directa de inconstitucionalidad de las normas o actos de los otros poderes (*Fallos,* 12:372; 24:248; 95:290; 107:179; 115:163; 156:318; 243:176, entre otros), por lo que el debate pretendido en este proceso no puede considerarse comprendido en tal categoría en la medida de que, como se ha expuesto arriba, 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.

Y es precisamente, en la causa MACBAR citada, en la que la CSJN ha corroborado este criterio, al remitir —ampliando fundamentos— al dictamen de la Procuración General de la Nación, que sostuvo la inexistencia de caso, causa o controversia en las acciones previstas por el art. 113, inc. 2º, CCBA (expte. nº 67/2005, t. 41, letra M, "Macbar S.R.L. c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", resolución del 14/11/2006.

En el mismo sentido señalado precedentemente considero claramente ilustrativa la opinión expresada por el señor juez de trámite, doctor Luis F. Lozano, en los párrs. 1, 2, 3 y 5 del punto 6 de su voto en la causa "Asociación por los Derechos Civiles c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 2490/03, resolución del 16/7/2004, transcriptos *supra.*

3. Las consideraciones precedentemente expuestas, como la formulada por el señor juez de trámite en el punto 4 de su voto, que comparto, tornan innecesario el tratamiento de los argumentos referidos a las presuntas arbitrariedad de sentencia y gravedad institucional que desarrolla el recurrente.

Así lo voto.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El GCBA interpuso recurso extraordinario federal contra la sentencia del Tribunal que, por mayoría, hizo lugar a la acción de inconstitucionalidad planteada por el doctor Andrés Gil Domínguez a fs. 5/16 y, en consecuencia, declaró la inconstitucionalidad del art. 4º de la ley 2145.

2. El recurso deducido ha sido interpuesto en tiempo oportuno (art. 257 del CPCCN), sin embargo, no es admisible por las razones que expuse al votar en el expediente "Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 3103/04, resolución del 8/6/2005. Dije en esa oportunidad:

> "Desde la instalación del Tribunal he propiciado la inadmisibilidad del recurso extraordinario en acciones declarativas de incons-

titucionalidad (conf. expte. nº 480/2000 'Liga de Amas de Casas, Usuarios y Consumidores de la República Argentina c/GCGBA s/ acción declarativa', resolución del 13/12/2000; entre otros). Así en la causa 'Y.P.F. S.A. c/GCBA s/acción declarativa', expte. nº 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 (ver su voto en 'Alegre Pavimentos SACICAFI c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad', expte. nº 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 nº 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 Corte Suprema de Justicia de la Nación *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. nº 7/99, resolución del 18/2/1999, *Constitución y Justicia,* t. 1, 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. nº 31/99, resolución del 5/5/99, *Constitución y Justicia*, t. I, p. 58), y que es una acción popular (conforme el voto del juez Muñoz que integrara la mayoría, en 'Argüello, Jorge Martín Arturo c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad', expte. nº 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, de la CCBA)".

"Coincido en este punto con lo expresado por el juez Lozano en los párrafos 1, 2, 3 y 5 del punto 6 de su voto en la causa 'Asociación por los Derechos Civiles c/GCBA s/acción declarativa de inconstitu-

cionalidad', expte. nº 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 del Chaco dota al tribunal Superior de competencia para resolver una acción de inconstitucionalidad (art. 163, inc. 1-a), la Provincia de Buenos Aires le 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 Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires 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.* ...El control de constitucionalidad allí previsto, permite que cualquier persona plantee la invalidez de una norma general local por entenderla contraria a la Constitución de la Ciudad o a la Constitución Nacional. 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)...".

4. Voto entonces, como anticipara, por el rechazo del recurso extraordinario federal interpuesto, con costas al vencido por aplicación del principio objetivo de la derrota y no mediar circunstancias que justifiquen apartarse de él.

El juez José O. Casás dijo:

1. Sin perjuicio de la distinta posición adoptada oportunamente por el suscripto (conf. mi voto *in re*: "Ligas de Ama de Casa, Usuarios y Consumidores de la República Argentina y otros c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 480/00, sent. del 13/12/2000, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. II, Ad Hoc, Buenos Aires, 2002, pp. 455 y ss.), lo cierto es que la mayoría del Tribunal ya ha resuelto de manera reiterada que la interposición del recurso extraordinario federal contra una sentencia dictada en el ejercicio de las competencias previstas en el art. 113, inc. 2º, de la CCBA —acción declarativa de inconstitucionalidad— debe ser declarada inadmisible, pues por las particularidades que presenta la referida vía de control abstracto de constitucionalidad no resulta posible corroborar en este tipo de supuestos la existencia de un "caso, causa o controversia judicial" (art. 2º, ley 27) susceptible de habilitar la vía recursiva del art. 14 de la ley 48 (v. los numerosos precedentes citados en el voto del señor juez de trámite, doctor Luis F. Lozano, a los que me remito en homenaje a la brevedad).

Así las cosas, ante la consolidación del apuntado criterio sostenido por mis distinguidos colegas del Tribunal, debe concluirse que el recurso extraordinario federal deducido en este juicio por el GCBA contra la sentencia que resolvió —por mayoría— hacer lugar a la acción deducida por el doctor Andrés Gil Domínguez y declarar la inconstitucionalidad del art. 4º de la ley local 2145, en los términos del art. 113, inc. 2º de la CCBA, resulta inadmisible.

2. Más allá de lo expuesto en el punto precedente, creo oportuno precisar que, de no tenerse en cuenta el criterio mayoritario antes señalado —según el cual

se afirma que en este tipo de asuntos no se constata la existencia de un caso, causa o controversia judicial—, al haberse dictado una sentencia que resolvió declarar la inconstitucionalidad con efecto *erga omnes* de un precepto de rango legal (art. 4º de la ley 2145), en mi opinión, sería aconsejable diferir la resolución sobre la admisibilidad del recurso interpuesto, hasta tanto la Legislatura de la Ciudad decida si ratifica la vigencia del precepto citado, de conformidad con el procedimiento previsto en el propio art. 113, inc. 2º, de la CCBA. Ello se justificaría, a mi entender, al advertirse que la actualidad del agravio que pretende sostener el representante del Gobierno local ante la CSJN, en rigor, se encuentra supeditada a la intervención que todavía debe desplegar el órgano legislativo local con posterioridad al dictado de la sentencia del Tribunal. Considero también que, de esta manera, se permitiría dar plena satisfacción al ejercicio armónico de competencias de los órganos judicial y legislativo que el constituyente de la Ciudad ha diseñado para tramitar la acción declarativa de inconstitucionalidad del art. 113, inc. 2º, CCBA en la jurisdicción local cuando la norma que se encuentra en juego posee rango legal. Lo expuesto incluso se refuerza frente al caso puntual, donde se ha ventilado un conflicto intranormativo eminentemente *local*.

3. Por último y como necesario correlato de lo expuesto en el párrafo precedente, considero que el recurso deducido no podría prosperar de todos modos, debido a la inexistencia manifiesta de cuestión federal por conducir los agravios planteados, en lo sustancial —según se adelantara—, a la ponderación de regulaciones de derecho público local sustantivo y ritual.

Tal como lo sostiene en el punto 4 de su voto mi colega, el doctor Luis F. Lozano, ello demuestra la ausencia del requisito previsto en el art. 14, inc. 2º de la ley 48.

En virtud de los argumentos expuestos, corresponde denegar el recurso extraordinario federal deducido. Con costas a la vencida (art. 68, CPCCN).

Así lo voto.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal interpuesto por la Procuración General de la Ciudad a fs. 142/161. Con costas.

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

El juez Julio B. J. Maier no firma por estar con licencia.

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

LXX

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA GENERAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'NN (DUEÑO DEL RODADO SINIESTRADO BERARDI, MARIO ALBERTO, VW GOL DOMINIO FKP 691) —APELACIÓN'"

RECURSO DE QUEJA. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Sentencia definitiva. Convenio de Transferencia Progresiva de Competencias Penales de la Justicia Nacional al Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires. Incompetencia de la justicia local.

SUMARIOS:

1. Las causas que se encuentran en trámite ante la justicia nacional hasta el momento de la entrada en vigencia del Convenio de Transferencia Progresiva de Competencias Penales de la Justicia Nacional al Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, deben ser terminadas y fenecidas ante los mismos órganos. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante ver voto de los señores jueces Alicia E. C. Ruiz, Ana María Conde y José O. Casás).*

2. La decisión que declara la competencia del fuero local no es la sentencia definitiva a la que alude la ley procesal (art. 27, ley 402*). (Voto en disidencia del señor juez Julio B. J. Maier).*

Expte. nº 5557/07 - 30/4/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Defensor General, Mario Jaime Kestelboim, interpuso recurso de queja (fs. 30/48) contra la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad (fs. 17/25) mediante el que la defensa intentaba cuestionar la resolución de la Sala II de la Cámara CyF (fs. 13/15), que había dispuesto revocar la decisión de primera instancia —en tanto no aceptó la atribución de competencia que le formulara el Juzgado Nacional en lo Correccional Nº 11— y, en consecuencia, declaraba la competencia del fuero local para intervenir en las actuaciones principales, en las que se investiga un hecho calificado como delito de daño (art. 183 del C.P.).

2. El recurso de inconstitucionalidad (fs. 17/25) postula que el *a quo*, al considerar vigente al segundo Convenio de Transferencia Progresiva de Competencias Penales de la Justicia Nacional al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sin la ratificación del Congreso Nacional, vulnera "el principio de legalidad y de Juez Natural (art. 18, C.N.), sumado a la clara violación de la división de poderes (...)".

3. Los jueces de la Sala II de la Cámara denegaron el recurso de inconstitucionalidad, básicamente, pues rechazaron la posibilidad de que la defensa participara en un "conflicto de competencia" en el que, "por regla, intervienen órganos judiciales". Además, señalaron que el pronunciamiento cuestionado, por un lado, no era una sentencia definitiva o una equiparable a tal, y por otro, que esa decisión tampoco comprometía las garantías constitucionales invocadas (fs. 26/28).

4. El Fiscal General, en su dictamen, propició el rechazo de la queja interpuesta en autos (fs. 52/56). En cuanto al recurso de hecho, señaló que el Defensor General no cumplió con la carga de "rebatir los argumentos del *a quo* por los que se denegó la vía extraordinaria intentada". Por otra parte, el representante fiscal consideró que el recurso de inconstitucionalidad era improcedente por no estar cuestionada una sentencia definitiva o una equiparable a tal; porque no se verificaban los requisitos de impugnabilidad subjetiva dado que la defensa no acreditó representación alguna ni explicó, en su caso, los motivos por los que podría recurrir por derecho propio y, finalmente, por ausencia de perjuicio por cuanto, según explicó, "el sistema procesal penal instaurado a la luz de las premisas del art. 13 de la Constitución CBA resulta mucho más beneficioso a los intereses de los justiciables, que el que rige actualmente en el ámbito nacional".

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

Los pronunciamientos recaídos en este incidente dan cuenta de las diversas posturas asumidas en torno al alcance que correspondería atribuir al segundo Convenio de Transferencia Progresiva de Competencias Penales de la Justicia Nacional al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Convenio 14/04), así como a los efectos que a su respecto tendría la ratificación del primer convenio formulada mediante la ley nacional 25.752.

A esta altura, sin embargo, las divergencias registradas han quedado zanjadas por un reciente pronunciamiento de la CSJN en el que, por remisión al dictamen del Procurador General de la Nación, se sostuvo que el Convenio 14/04, a la fecha en que se emitía el pronunciamiento, no estaba vigente y que, además, conforme surge de su cláusula primera *in fine,* "las causas que se encuentran en trámite ante la justicia nacional cuando comience su vigencia, deberán ser terminadas y fenecidas ante los mismos órganos" (S.C. Comp. 522 L. XLIII, sent. del 12/2/2008). Esta doctrina cobra especial relevancia frente a un supuesto como el que nos ocupa, en el que la Corte Federal se erige como tribunal encargado de dirimir las contiendas de competencia trabadas entre magistrados que carecen de superior jerárquico común (art. 24, inc. 7º, del dec. 1285/58). Ello conduce, en definitiva, a observar con especial cuidado el deber de conformar esta decisión con aquélla como expresión particular de la regla general que contiene la doctrina de *Fallos,* 25:364 y 307:1094.

Aunque el modo en que quedaron planteadas las cuestiones ventiladas pudo requerir mayores precisiones —vinculadas, entre otras, con la forma de trabar la

contienda de competencia y los requisitos de impugnabilidad subjetiva exigibles (v. dictamen de fs. 52/56)—, la solución a la que aquí se arriba torna innecesario expedirse a su respecto por razones básicas de economía procesal, que justifican dar por concluida la incidencia en lo que a esta jurisdicción atañe.

Por las razones dadas, habiendo dictaminado el señor Fiscal General, corresponde hacer lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad denegado, revocar la sentencia de fs. 13/15 que declaró la competencia de la justicia local para intervenir en las actuaciones principales y remitir estos autos y, en su caso, el incidente original, por intermedio de la Cámara CyF, al Juzgado Nacional en lo Correccional Nº 11, a sus efectos.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

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

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

Adherimos a la solución propuesta por el señor juez de trámite, doctor Luis F. Lozano.

En un muy reciente pronunciamiento, por remisión al dictamen del señor Procurador General de la Nación, doctor Esteban Righi, la Corte Suprema de Justicia de la Nación —en el rol de superior jerárquico común que le otorga el art. 24.7 del dec. ley 1285/58 para resolver cuestiones de competencia entre jueces y tribunales de distinta jurisdicción— afirmó la competencia de la denominada justicia "nacional" para entender en un caso de similares características al que nos ocupa, pues consideró, básicamente, que el segundo Convenio de Transferencia Progresiva de Competencias Penales de la Justicia Nacional al Poder Judicial de esta Ciudad no había entrado en vigencia, en atención a que resultaba necesario a esos efectos que el Congreso de la Nación dictara una ley (S.C. comp. 522 L XLIII, "González Molino, Javier Horacio s/inf. art. 149 bis del C.P.").

Así las cosas, sin intención de desconocer los razonados argumentos desarrollados por la Cámara CyF de la Ciudad con anterioridad al dictado del fallo de la CSJN mencionado, reflexiones que estimamos claramente enmarcadas en un loable compromiso con las previsiones del art. 6º de la Constitución de esta Ciudad Autónoma y orientadas a poner de manifiesto la vigencia de sus *facultades propias de legislación y jurisdicción consagradas en el art. 129 de la C.N.*, razones de estricta economía procesal nos llevan a concluir que el caso en estudio debe continuar su tramitación ante la justicia nacional en lo criminal y correccional.

A ello se añade, de un lado, la resol. FG-54/08 del señor Fiscal General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de fecha 7/4/2008 en la que se enfatiza que el Convenio de Transferencia de Competencias Penales involucrado en el *sub lite* entraría en vigencia a las cero horas del día 9/6/2008; y, de otro, la resol. PGN-32/08 del señor Procurador General de la Nación, en términos coincidentes, dirigida a los fiscales en materia penal de la órbita nacional con asiento en esta Ciudad, en la que se arriba a idéntica conclusión.

Por lo expuesto, corresponde hacer lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad denegado, revocar la sentencia de fs. 13/15 que declaró la competencia de la justicia local para intervenir en las actuaciones principales y remitir estos autos, y, en su caso, el incidente original, por intermedio de la Cámara CyF, al Juzgado Nacional en lo Correccional Nº 11, a sus efectos.

Así lo votamos.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Más allá de los distintos argumentos expuestos por el defensor, el fiscal ante el Tribunal e, incluso, por mis colegas respecto al punto debatido —razones que remiten a lo decidido por la CSJN—, entiendo que corresponde rechazar la queja interpuesta, sencillamente, porque la decisión atacada por recurso de inconstitucionalidad no es la sentencia definitiva a la que alude la ley procesal (art. 27, ley 402). Esta constatación, por sí misma, alcanza para fundar el rechazo.

2. Según lo expuse en reiteradas ocasiones (ver, *inter alia*, mi resolución como juez de trámite en "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 3— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ábalos, Oscar Adrián s/art. 71, CC —apelación—'", expte. nº 1509/02: interpretación sistemática del art. 34, II, ley local 402 y art. 3º, inc. *a*, ley local 327), no corresponde intimar a la defensa oficial —órgano del Ministerio Público según la propia CCBA— para que acredite el pago del depósito previsto como requisito de admisibilidad de un recurso de queja relativo a un recurso de inconstitucionalidad denegado.

Por ello, emitido el dictamen por el Fiscal General, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Hacer* lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad denegado.

2º. *Revocar* la sentencia de la Sala II de la Cámara CyF, de fecha 31/8/2007, cuya copia obra a fs. 13/15, que declaró la competencia de la justicia local para intervenir en las actuaciones principales.

3º. *Remitir* esta queja a la Sala II de la Cámara CyF para que, por su intermedio, se remitan estos autos y, en su caso, el incidente original, al Juzgado Nacional en lo Correccional Nº 11, a sus efectos.

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

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

En similar sentido se resolvió en la causa 5559/07 "Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Incidente de incompetencia en autos Garbuglia, Juan José s/inf. art. 150, violación de domicilio Código Penal —apelación'", también del 30/4/2008.

LXXI

"LUIS Y MIGUEL ZANNIELLO S.A. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'GCBA C/LUIS Y MIGUEL ZANNIELLO S.A. S/EJECUCIÓN FISCAL'"

RECURSO DE QUEJA: Acreditación de la personería invocada.

Expte. nº 5308/07 - 30/4/2008

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. El doctor Marcos Gabriel Gutman "en el carácter invocado", carácter que no fue expresado, interpuso ante el Tribunal "el recurso de queja por denegación de recurso de apelación en los autos caratulados 'GCBA c/Luis y Miguel Zaniello S.A. s/ejecución fiscal'..." (fs. 1). En la providencia de fs. 14, se requirió al letrado que acreditase la personería invocada y, asimismo, que acompañase el depósito y presentase determinadas copias del expediente principal.

En la presentación de fs. 129 el doctor Gutman, quien manifestó intervenir "por la recurrente", presentó copias y acreditó el depósito. Por providencia de fs. 133 se indicó al letrado que se proveería su presentación una vez que acreditase la representación invocada. Seguidamente, el señor Luis Néstor Zaniello, en representación de la sociedad ejecutada (ver poder acompañado a fs. 136/141), se presentó y expresó que ratificaba "todo lo actuado en la gestión efectuada en la causa por el doctor Marcos Gabriel Gutman" (fs. 142). En escritos posteriores (fs. 147 y 182) nuevamente el letrado intervino mencionando hacerlo "por la recurrente".

2. Requerido su dictamen, el señor Fiscal General Adjunto propició el rechazo de la queja, por fundamentos que expresa a fs. 185/187 vta.

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. La queja ha sido presentada por quien no acredita poder suficiente para hacerlo. En efecto, la reseña efectuada en las "resultas" demuestra que en ninguna de las actuaciones agregadas a esta queja el letrado acreditó la representación de la firma Luis y Miguel Zaniello S.A., en cuyo nombre, reiteradamente expresó

intervenir, no obstante haberle sido requerido el cumplimiento de dicha carga en dos oportunidades.

A su turno, tampoco ha sido tenida por acreditada esa representación en las instancias de mérito, aun cuando han admitido sus presentaciones.

2. La actuación del señor Luis Néstor Zaniello dirigida a ratificar la gestión del doctor Gutman no resulta eficaz a ese fin por una razón fundamental: ni en el escrito de queja ni en sus posteriores intervenciones el letrado invocó actuar en carácter de gestor de Luis y Miguel Zaniello S.A.

3. No se trata de una ponderación ritualista de los recaudos que autorizan la intervención del gestor o la invocación de la denominada "personería de urgencia". De acuerdo con la ley (art. 42, CCAyT), para que ella sea admitida se requiere la expresión de las razones por las que quien reviste el carácter de parte o su apoderado se ven impedidos de practicar un acto procesal. Así, en lo pertinente, la disposición citada expresa: "En su presentación, el gestor/a, además de indicar la parte en cuyo beneficio pretende actuar, tiene la carga de expresar las razones que justifiquen la seriedad del pedido".

Ni el doctor Gutman expuso las razones por las que intervenía, sin poder, en un proceso ajeno, ni el señor Zaniello, al ratificar lo actuado por el abogado, hizo alguna mención a los motivos que le habrían impedido presentar a él, como apoderado de la firma, la queja.

4. Por lo expuesto, voto por rechazar la queja deducida a fs. 1/11 vta.

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

Adherimos al voto del juez Luis F. Lozano.

Por ello, emitido el dictamen del señor Fiscal General Adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja planteada a fs. 1/11 vta. y *dar* por perdido el depósito efectuado.

2º. *Mandar* que se registre, notifique y remita a la Cámara de Apelaciones junto con el expediente principal.

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

LXXII

"FAILDE MOURE, PABLO C/ESTADO NACIONAL Y OTROS S/OTROS PROCESOS INCIDENTALES S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO" Y SU ACUMULADO EXPTE. Nº 5709/07 "SERVICIOS HELICENTER S.A. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'FAILDE MOURE, PABLO C/ESTADO NACIONAL Y OTROS S/OTROS PROCESOS INCIDENTALES'"

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Sentencia definitiva. Medida cautelar. Competencia del fuero nacional en lo contencioso administrativo federal. Cuestión procesal.

SUMARIOS:

1. Las resoluciones que acuerden, mantengan o denieguen medidas cautelares no son susceptibles de revisión por la vía del recurso de inconstitucionalidad, porque no constituyen sentencia definitiva. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante ver voto de los señores jueces Julio B. J. Maier, José O. Casás, Luis F. Lozano y Alicia E. C. Ruiz).*

2. La denegatoria de una medida cautelar puede ser equiparada a una sentencia definitiva cuando produce un agravio que por su magnitud o características sea de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior, tornándose procedente la vía extraordinaria. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante ver voto de los señores jueces Julio B. J. Maier, José O. Casás, Luis F. Lozano y Alicia E. C. Ruiz).*

3. El recurrente no ha logrado acreditar que la resolución impugnada le genera un perjuicio de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante ver voto de los señores jueces Julio B. J. Maier, José O. Casás, Luis F. Lozano y Alicia E. C. Ruiz).*

4. La remisión de la causa al fuero contencioso administrativo federal es una cuestión de naturaleza procesal en la que no se advierte una violación de derechos constitucionales. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante ver voto de los señores jueces Julio B. J. Maier, José O. Casás, Luis F. Lozano y Alicia E. C. Ruiz).*

5. El respeto al debido proceso implica que los planteos realizados por las partes sean resueltos por el juez competente en razón del grado, territorio, materia y persona. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

6. Por excepción, solamente en casos de clara urgencia un juez incompetente puede dictar una medida cautelar para evitar perjuicios irreparables, pero todos los planteos subsiguientes deben dilucidarse ante el juez competente, en atención a la garantía constitucional al juez natural (art. 18, C.N. y art. 8.1 de la CADH). *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

Expte. nº 5708/07 - 30/4/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El señor Failde Moure inició acción de amparo contra el Estado nacional —Poder Ejecutivo—, Fuerza Aérea Argentina y el Gruppo Modena, a fin que se impida el funcionamiento del Helipuerto Baires Madero, ubicado aproximadamente a trescientos metros de la Reserva Ecológica de Costanera Sur toda vez que, a pesar de haber sido habilitado por la Fuerza Aérea, no habría presentado el Estudio de Impacto Ambiental ante el GCBA, tal como lo dispone la ley 123.

Solicitó, asimismo, el dictado de una medida cautelar consistente en la clausura del establecimiento hasta tanto se obtengan todas las habilitaciones y se cumpla la legislación local que regula esta materia (fs. 1/12).

Posteriormente el actor amplió los fundamentos de la pretensión y solicitó la citación, en carácter de terceros, de la Defensoría del Pueblo y del Gobierno de la Ciudad (Ministerio de Medio Ambiente), a fin de que tomasen en el proceso la intervención que pudiera corresponder (fs. 155/60).

2. La Defensoría adhirió a los términos de la demanda, y el GCBA informó mediante nota 625-MMAGC/07 (de fecha 27/4/2007) al magistrado interviniente que efectivamente no se había realizado ninguna presentación ante ese ministerio relativa al Helipuerto Baires Madero (fs. 165 y vta.) y acompañó la nota 378-DGPyEA/07 (de fecha 26/4/2007), a través de la cual se intimó a la demandada a "cumplimentar con el Procedimiento Técnico Administrativo previsto en la ley 123, modificatorias y su reglamentación" dentro de los diez días de notificada dicha intimación bajo pena de aplicarse las sanciones previstas en la mentada ley (fs. 166).

3. El juez de primera instancia hizo lugar a la medida cautelar (fs. 189/192).

4. Servicios Helicenter S. A. solicitó que se enderece la demanda en su contra, toda vez que "Gruppo Modena" no es una persona jurídica sino tan solo una designación de fantasía. En ese mismo escrito apeló la medida cautelar y ofreció prueba: adujo que había solicitado a la autoridad aeronáutica la aprobación del proyecto, petición que originó la formación del expte. nº 5.610.554 (FAA), donde el Comando de Regiones Aéreas dictó la disposición 062/06 —del 26/9/2006—, mediante la cual habilitó el Helipuerto Buenos Aires/Madero (v. fs. 272/3).

Denunció, asimismo, la incompetencia del Fuero local para entender en la causa y dictar la medida cautelar objeto de la apelación y, a su vez, denunció que no se hallan reunidos los presupuestos para el dictado de la medida precautoria invocando invasión de esferas propias de la administración (fs. 212/228).

5. Como consecuencia de la notificación cursada al Ministerio de Defensa de la Nación, dicho organismo solicitó el levantamiento de la medida cautelar dispuesta en la instancia de origen y planteó la incompetencia de este fuero (fs. 355/63).

6. Al intervenir en el recurso de apelación interpuesto por la codemandada Servicios Helicenter S.A. contra la concesión de la medida cautelar, la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad resolvió hacer lugar al planteo de incompetencia en razón de la persona efectuado por el Estado nacional, ordenó remitir la causa a la justicia en lo contencioso administrativo federal para su radicación, y decidió no examinar los agravios vertidos por la apelante contra la medida cautelar, aspecto cuyo conocimiento queda reservado a la jurisdicción competente (fs. 371/375).

7. Contra dicha resolución Servicios Helicenter S.A. (a fs 388/399 y 420/425) y el señor Failde Moure (a fs. 402/407) interpusieron sendos recursos de inconstitucionalidad.

8. La Cámara rechazó el recurso interpuesto por el actor y concedió parcialmente aquél promovido por la empresa demandada (fs. 474/476).

9. Dicha denegatoria parcial motivó la queja obrante a fs. 543/553.

10. A fs. 558/561 el Fiscal General Adjunto propició rechazar el recurso de queja impetrado y declarar mal concedido el de inconstitucionalidad.

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. Servicios Helicenter S.A., en su recurso de inconstitucionalidad (fs. 388/399 y 420/425), planteó los siguientes agravios:

La Cámara no trató la cuestión propuesta por el recurrente, referida a la configuración en este caso de una invasión por parte del Poder Judicial sobre la esfera de facultades propias y exclusivas de la administración.

La Cámara se apartó de lo dispuesto por el art. 286, inc. 1º del CCAyT, al ordenar remitir las actuaciones al fuero contencioso administrativo federal en lugar de, como manda la norma citada, disponer el archivo de la causa y dejar sin efecto la medida cautelar.

La Cámara no se pronunció sobre el levantamiento de la medida cautelar, difiriendo su tratamiento al tribunal que considera competente, lo cual, según el recurrente, implicará una enorme morosidad habida cuenta que el fuero contencioso administrativo federal se encuentra colapsado por la enorme cantidad de causas generadas por el denominado "corralito", y que en el supuesto que el fuero federal no acepte su competencia quien deberá decidir qué tribunal debe intervenir será la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sin que pueda predecirse cuánto tiempo tardará.

La Sala I de la Cámara concedió parcialmente el recurso en cuanto a la supuesta afectación a los arts. 14, 16, 17 y 18 de la C.N. y 10, 11, 12, inc. 59, 13, inc. 3º, 14 y 48 de la CCBA y lo rechazó en cuanto a la arbitrariedad y gravedad institucional invocadas por el recurrente, quien insistió con dichos planteos a través del pertinente recurso de queja (fs. 543/553).

A pesar de que ambos recursos han sido interpuestos en tiempo y forma (conf. arts. 28 y 33 de la ley 402), deben ser rechazados ya que no cuestionan una sentencia definitiva o equiparable a tal, ni tampoco plantean un efectivo caso constitucional.

2. Previo a todo cabe señalar que, como regla general, las resoluciones dictadas sobre medidas cautelares, ya sea que las acuerden, mantengan o denieguen, no son susceptibles de revisión por la vía del recurso de inconstitucionalidad, por no constituir *sentencia definitiva*, excepción hecha cuando la denegatoria produzca un agravio que por su magnitud o características será de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior, caso en que corresponde equiparar estas decisiones a las sentencias de tal naturaleza (*Fallos,* 313:279, entre muchos otros, y este Tribunal *in re*: "Clínica Fleming s/recurso de inconstitucionalidad concedido en Clínica Fleming s/art. 72, CC —incidente de clausura— apelación", expte. nº 1215/01, sent. del 19/12/2001).

Sin embargo, el recurrente no ha logrado acreditar que la resolución recurrida le genera un perjuicio de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior. Por el contrario, los argumentos vertidos al respecto demuestran una liviandad incompatible con la seriedad y contundencia requeridas para abrir la presente vía extraordinaria.

En efecto, el recurrente sostiene que la remisión al fuero contencioso administrativo federal para tratar su apelación contra la medida cautelar implicará una notoria y nociva morosidad, habida cuenta que dicho fuero se encuentra colapsado por la gran cantidad de causas derivada del "corralito". Suponer que la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal incumplirá el plazo previsto en el ordenamiento procesal para emitir su sentencia, es una hipótesis que no se asienta en datos concretos o informes de la propia Cámara, y además genera perplejidad ya que es el propio recurrente quien desde el inicio planteó la incompetencia de la justicia de la Ciudad por considerar que es el fuero federal el competente para entender en esta causa (ver fs. 213 vta./214).

Un segundo argumento deslizado por el recurrente sería que en caso de que la justicia contencioso administrativo federal no acepte su competencia para entender en esta causa, quien debería dirimir el conflicto de competencia sería la Corte Suprema de Justicia de la Nación, lo cual implicaría mayor morosidad todavía. Pero ello implica hacer mera futurología, ya que pretende anticipar una posible declaración de incompetencia del fuero federal sin explicar por qué podría ocurrir ello.

Y por último, cabe destacar que no se entiende por qué el recurrente, si pretende una rápida resolución de sus planteos defensivos, insistió con deducir

recursos —de inconstitucionalidad y, posteriormente, de queja— ante una justicia que considera incompetente, en vez de acelerar la remisión al fuero federal.

En conclusión, el argumento de la "morosidad judicial" es insostenible, ya que contradice los propios actos del recurrente —quien fue quien planteó la incompetencia de la justicia local—, no se funda en datos concretos y objetivos, no detalla qué perjuicios concretos causaría, y por ende no permite equiparar a definitiva la sentencia cuestionada.

3. Por otra parte tampoco se plantea una cuestión constitucional ya que la discusión gira en torno a la aplicación e interpretación de normas del Código Contencioso Administrativo y Tributario de esta Ciudad (arts. 179 y 286, inc. 1º, CCAyT), discurriendo así en un plano infraconstitucional. Si bien se citan diversos principios y garantías de raigambre constitucional que entiende conculcados, lo cierto es que el recurrente no logra explicar de qué manera se encuentran comprometidos por la sentencia cuestionada.

El recurrente sostiene que la Cámara violó el art. 286, inc. 1º del CCAyT, al ordenar remitir las actuaciones al fuero contencioso administrativo federal en lugar de disponer el archivo de la causa. Pero ello constituye una cuestión netamente procesal, una discrepancia con la forma en que la Cámara dirige la tramitación de esta causa, sin que pueda apreciarse una violación a derechos constitucionales. Más allá del acierto o desacierto de la decisión de la Cámara, no corresponde que este Tribunal analice cuestiones como ésta, que se limitan a decidir qué ocurrirá con esta causa —si el archivo o la remisión al juez competente— a partir de la declaración de incompetencia de la Justicia local.

Por otra parte, el recurrente manifiesta que la Cámara debería haber tratado los argumentos y defensas desarrollados contra la medida cautelar y decidido si correspondía su levantamiento, en vez de diferir el tratamiento de estas cuestiones al tribunal que considera competente. En primer lugar, y como he dicho anteriormente, ello implica una contradicción con sus propios actos, ya que pretende que resuelva sus planteos una justicia considerada incompetente para entender en esta causa. Y en segundo lugar, no se advierte en qué consistiría la pretendida lesión constitucional al debido proceso y la defensa en juicio, ya que la Cámara expresamente reservó al fuero federal el tratamiento de los agravios contra la medida cautelar, es decir que Servicios Helicenter S.A. verá satisfecho su derecho a acceder a un pronunciamiento de fondo pero emitido por el juez competente.

Contrariamente a lo expresado por Servicios Helicenter S.A., el respeto al debido proceso implica que los planteos realizados por las partes sean resueltos por el juez competente en razón del grado, territorio, materia y persona. Solamente en casos de clara urgencia un juez incompetente puede dictar una medida cautelar para evitar perjuicios irreparables, pero ello es una excepción y no una regla, de manera tal que todos los planteos subsiguientes deberán dilucidarse ante el juez competente, como se desprende de la garantía constitucional al juez natural (art. 18, C.N. y art. 8.1 de la CADH).

4. Los restantes planteos contenidos en el recurso de queja, tampoco pueden tener favorable acogida.

En cuanto a la alegada arbitrariedad de los pronunciamientos cuestionados (fs. 3 vta. de esta queja y 215 de los autos principales), este Tribunal ha dicho reiteradamente que la circunstancia que el recurrente discrepe con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que la sentencia devenga infundada y, por ende, arbitraria (*in re* "Federación Argentina de Box c/GCBA s/acción de inconstitucionalidad", expte. nº 49/99, resolución del 25/8/99, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. I, 1999, pp. 282 y ss.).

Y en cuanto a la invocación de un supuesto de gravedad institucional, más allá de su pertinencia con respecto al recurso analizado, no pasa de ser un ejercicio retórico carente de fundamentación, por tanto, inhábil para modificar su improcedencia (conf. este Tribunal *in re* "Kronopios S.R.L. c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado", expte. nº 1058/01, resolución del 23/8/2001, y todas sus citas).

5. En virtud de las consideraciones expuestas, propongo que se declare mal concedido el recurso de inconstitucionalidad y se rechace la queja interpuesta por Servicios Helicenter S.A., con costas a la vencida (conf. art. 62, CCAyT).

Cabe destacar que la solución que propongo no implica valorar o ponderar lo actuado por el juez de primera instancia, ni examinar la legitimidad de la medida cautelar por él adoptada.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Tal como lo analiza la doctora Conde, jueza de trámite, en el punto 2, párrafo 1, de su voto, el recurso extraordinario de inconstitucionalidad interpuesto, y, por tanto, la queja por denegación parcial, no tienen por objeto de la impugnación una sentencia definitiva. Ello resulta evidente: se recurre una medida cautelar que, según la ley procesal local, atraviesa sólo instancias de mérito. En virtud de la ley local 402, art. 27, que regula los procedimientos ante el TSJBA (entre ellos el recurso extraordinario de inconstitucionalidad), la decisión de los tribunales de mérito sobre una medida cautelar, ya sea que la rechacen o que la admitan, no habilita la competencia del TSJBA por intermedio de recurso extraordinario.

Por lo tanto, ese sólo fundamento basta para confirmar el rechazo parcial del recurso de inconstitucionalidad que ya consignó la Cámara, mediante el rechazo del recurso de hecho pertinente, y para advertir como mal concedido, parcialmente, el recurso de inconstitucionalidad por parte del mismo tribunal de mérito.

2. También resulta evidente la falta de agravio del recurrente respecto de la declaración de incompetencia. Él mismo pidió esa declaración de incompetencia y el giro del proceso al tribunal federal, que la Cámara juzgó justa respecto del caso, razón por la cual hoy no puede agraviarse respecto de esa decisión.

Por lo demás, los argumentos meramente prácticos y contingentes, incluso sin demostración alguna, en los que el recurrente sustenta ahora su requerimiento,

no son hábiles para fundar la instancia extraordinaria, ni idóneos como fundamento jurídico de un agravio.

3. Por lo tanto, cabe resolver como apunta, fundadamente, el señor Fiscal General Ajunto y la señora jueza de trámite.

El jueces LUIS F. LOZANO y JOSÉ O. CASÁS dijeron:

1. Servicios Helicenter S.A consintió la resolución de la Cámara que declaró incompetente a la justicia CAyT de la CABA para intervenir en autos, decisión que el *a quo* fundó en la prerrogativa que para litigar ante el fuero federal asiste al Estado nacional, codemandado en autos. En cambio, en los recursos bajo estudio impugna aquel pronunciamiento en tanto, por un lado, dispuso remitir el expediente al fuero mencionado en vez de ordenar su archivo como, según postula el recurrente, le imponía el art. 286, inc. 1º del CCAyT y, por otro, omitió resolver la apelación orientada a lograr el levantamiento de la cautelar trabada a fs. 188/191 que prohibió el funcionamiento del Helipuerto Buenos Aires Madero hasta que se dicte sentencia definitiva en autos.

2. En tal contexto, las objeciones formuladas por la recurrente no están dirigidas a cuestionar una sentencia definitiva, ni controvierten el punto de la decisión interlocutoria atacada que permitiría equipararla a tal (v. gr. sustracción de la causa de la jurisdicción local).

Toda vez que las providencias que conceden medidas cautelares normalmente provocan algún perjuicio, los que pretendan invocarse para lograr equiparar aquel interlocutorio con una sentencia definitiva, deben ostentar una intensidad que permita reputarlos como de imposible o insuficiente reparación ulterior. Lo contrario conduciría a equiparar, por la mera existencia de perjuicio, toda cautelar otorgada con un pronunciamiento definitivo. En sus presentaciones la recurrente no logra cumplir con la carga aludida pues no acredita el carácter irreparable de los perjuicios que invoca.

En realidad a tal respecto, cabe señalar, que si bien acompaña un "informe producido en el marco de las actuaciones administrativas llevadas a cabo por la Dirección General de Política y Evaluación Ambiental" según el cual "el emprendimiento no produciría un impacto relevante sobre el entorno" (fs. 539/542), también relata que está en pleno trámite el procedimiento destinado a obtener el pretendido certificado de aptitud ambiental y que la materia del pleito compromete "atribuciones propias de la autoridad administrativa [local] que (...) están siendo actual y efectivamente ejercitadas en nuestro caso concreto" (fs. 391 vta./392). En tales condiciones, Servicios Helicenter S.A. no postula estar en condiciones de operar el helipuerto ubicado en esta ciudad, ni explica entonces, por qué los perjuicios que pudiera ocasionar esa imposibilidad deberían, a esta altura, imputarse a la cautelar. Tampoco logran sus argumentos demostrar la concreta mengua que sufriría su derecho de defensa al tramitar la causa ante el fuero federal reputado competente (v. gr. sobrecarga de trabajo por el 'corralito' o traba de un conflicto negativo de

competencia). En tal sentido, la recurrente se limita a conjeturar hipotéticas demoras en el avance del proceso y, además, de todos modos, omite explicar por qué los remedios previstos por el ordenamiento aplicable no resultarían idóneos para neutralizar las consecuencias que derivarían de las contingencias que Servicios Helicenter S.A. presume en su presentación.

3. Por lo demás, coincidimos con nuestra colega, jueza Ana Ma. Conde, en cuanto a que los agravios orientados a debatir la inteligencia atribuida a normas procesales (v. gr. arts. 189 y 286, inc. 1º del CCAyT) no suscitan, por sí, la intervención del Tribunal en la vía intentada, por lo que la invocación de la garantía de defensa en juicio carece de relación directa con el pronunciamiento impugnado.

En consecuencia, votamos por declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad articulado a fs. 388/399, rechazar la queja de fs. 543/553 e imponer las costas de esta instancia a la vencida (art. 62, CCAyT).

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. A fs. 388/399 Servicios Helicenter S.A. planteó recurso de inconstitucionalidad, que fue parcialmente concedido por la Sala I de la Cámara CAyT. Asimismo el recurrente dedujo queja (fs. 543/553) por los agravios que le fueran denegados.

2. El recurso de inconstitucionalidad si bien se interpuso en tiempo y forma, fue incorrectamente concedido por la Sala I por las siguientes razones:

El pronunciamiento de la Cámara atacado mediante el recurso de inconstitucionalidad, no constituye sentencia definitiva en los términos del art. 27 de la ley 402. Tal decisorio se limitó a decidir sobre la incompetencia del fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el marco de la apelación de una medida cautelar.

Tiene dicho el Tribunal que sólo puede prescindirse del requisito de sentencia definitiva "cuando la denegatoria produzca un agravio que por su magnitud o características será de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior" (*in re:* "Agencia Marítima Silversea S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Agencia Marítima Silversea s/acción declarativa —incidente s/medida de no innovar'", expte. nº 1516/02, resolución del 10/7/2002, con cita de *Fallos,* 313:279, y de este Tribunal *in re* 'Clínica Fleming s/art. 72, CC —incidente de clausura—, apelación', expte. nº 1215/01, resolución del 19/12/2001).

En autos "Servicios Helicenter S.A." se limita a decir que "[e]s obvio que la subsistencia de la medida cautelar, hasta ahora y de aquí en más por un tiempo futuro incierto, ya ha causado y causará necesariamente un gravísimo perjuicio económico y moral irreversible" (fs. 392 vta.), pero como se ve, no explica cuáles son los perjuicios actuales o futuros que eventualmente la medida cautelar podría causarle. En definitiva, no acredita que la resolución que cuestiona pueda ser equiparada a una sentencia definitiva.

Como he señalado en el precedente "Club Atlético River Plate Asociación Civil s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'GCBA c/Club

Atlético River Plate s/ejecución fiscal'" (expte. nº 2690/03, sent. del 7/4/2004), en los casos en los que no se cumple con el requisito de sentencia definitiva "corresponde exigir un mayor énfasis en la carga de alegación que pesa sobre quien deduce el recurso, pues debe aportar argumentos suficientes respecto de por qué la decisión que se pone en crisis priva al interesado de otros medios legales para obtener la tutela de sus derechos, le impide el replanteo de la cuestión en otro juicio o le causa un gravamen de imposible o insatisfactoria reparación ulterior. El recurrente no cumple ninguna de estas cargas y esa omisión, en función del principio dispositivo, no puede ser suplida por este Tribunal".

3. La queja tampoco es admisible, toda vez que la decisión recurrida por vía de recurso de inconstitucionalidad no tiene el carácter de definitiva ni es equiparable a ella (conf. apart. 2 de este voto). La ausencia de ese requisito inhibe la presentación del recurso directo que intenta Servicios Helicenter S.A.

4. Por lo expuesto, voto por declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad y declarar inadmisible la queja interpuesta por Servicios Helicenter S.A.

Por ello y de acuerdo con lo dictaminado por el señor Fiscal General Adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* mal concedido el recurso de inconstitucionalidad deducido por Servicios Helicenter S.A. y *rechazar* la queja por ella interpuesta. Con costas a la vencida.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva.

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

LXXIII

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'GCBA C/JERVO S.A. S/EJECUCIÓN FISCAL'"

RECURSO DE QUEJA. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Sentencia definitiva. EJECUCIÓN FISCAL: Multa. CADUCIDAD DE INSTANCIA: Cómputo de días inhábiles. Cuestión procesal. Derecho común. Gravamen irreparable.

SUMARIOS:

1. Cabe rechazar el recurso de queja pues la resolución impugnada contiene una interpretación razonable del art. 261 del CCAyT y de la resol. 55/04 del Consejo

de la Magistratura que dispuso la suspensión del plazo de cinco días para el juzgado de primera instancia interviniente. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

2. Las decisiones dictadas en el marco de procesos ejecutivos y de apremio no tienen carácter definitivo, salvo que se demuestre la existencia de un gravamen irreparable. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

3. La declaración de caducidad de instancia en un juicio ejecutivo, no es susceptible de revisión por la vía del recurso de inconstitucionalidad, por no constituir sentencia definitiva o equiparable a tal. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

4. No se ha demostrado que la caducidad declarada en el proceso impida el replanteo de la cuestión en otro juicio o produzca un agravio que por su magnitud o características sea de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior, para ser equiparada a sentencia definitiva. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

5. La decisión que confirma la caducidad de la instancia judicial no es recurrible mediante el recurso de inconstitucionalidad, porque no importa sentencia definitiva, en tanto no priva para siempre al perjudicado de la instancia judicial para hacer efectivo el derecho invocado. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

6. La decisión que confirma la caducidad de instancia se fundó en la aplicación de normas del derecho común (infraconstitucional), que no han sido tachadas de inconstitucionales, sino, tan sólo, interpretadas de un modo distinto por quien resulta agraviado por la decisión. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

Expte. nº 5530/07 - 30/4/2008

VISTO:

el expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. El GCBA (en adelante: GCBA) promovió la ejecución fiscal de la multa impuesta a Jervo S.A. por evasión, por la suma de $ 219.427,10 (fs. 3/5). El juez de primera instancia dispuso notificar al accionado la intimación de pago (fs. 6). Rechazada la primera cédula por carecer de zona (fs. 10), el 17/5/2004 se ordenó librar nueva cédula al mismo fin (fs. 12). El 22/12/2004 el ejecutante presentó nueva cédula para confronte y posterior diligenciamiento (fs. 13).

El demandado compareció al proceso y planteó la caducidad de la instancia en tanto desde la providencia del 7/6/2004 que dispuso librar nueva cédula para intimar a la accionado al pago hasta la presentación de la cédula efectuada por el actor el 22/12/2004, transcurrió el plazo establecido por el art. 260, CCAyT (fs. 60/69 vta.).

Al contestar el traslado del incidente, el ejecutante sostuvo que, además del receso por la feria judicial, debía descontarse del plazo transcurrido los días declarados inhábiles por el Consejo de la Magistratura mediante resoluciones 588, 875, 927 y 948 del año 2004, que debía considerarse acto interruptivo la presentación

de la cédula para confronte y que la caducidad debía interpretarse restrictivamente (fs. 76/92 y 93).

El juez de primera instancia hizo lugar al planteo de caducidad de la instancia. Afirmó que de acuerdo con el art. 261, CCAyT, no corresponde descontar los días inhábiles. También reguló los honorarios de los profesionales que intervinieron por Jervo S.A. en la suma de $ 3.000 (fs. 94 y vta.).

2. Los apoderados de Jervo S.A. apelaron la regulación de honorarios por baja (fs. 97). El GCBA planteó el recurso de apelación contra lo decidido en cuanto a la caducidad de la instancia y por considerar altos los honorarios (fs. 101). Al expresar agravios el GCBA sostuvo que la sentencia no tuvo en cuenta que la suspensión de plazos procesales dispuesta por resol. CM-588 impedía computar esos días para el plazo de caducidad, ya que las partes no pueden peticionar en el proceso; que la decisión es contradictoria con otros fallos del fuero que admitieron que la huelga afectó la prestación del servicio de justicia y, por ello, dispusieron que esos días no se computaran para el plazo de caducidad de la instancia; que debieron descontarse todos los días inhábiles; y que, con un criterio restrictivo respecto de la caducidad, la impresión de la cédula desde el sistema Iurix efectuada el 30/11/2004 debió considerarse interruptiva del plazo (fs. 105/110).

Jervo S.A. contestó los agravios y solicitó su rechazo (fs. 113/117 vta.).

La Cámara rechazó el recurso del GCBA y confirmó la sentencia. Además hizo lugar a la apelación de los letrados de la parte demandada y reguló los honorarios por la actuación en primera instancia, en conjunto, en $ 21.000, y en $ 6.300 los correspondientes a la segunda instancia (fs. 122/123 vta.).

3. El apoderado fiscal interpuso recurso de inconstitucionalidad. Sostuvo que el caso presenta "gravedad institucional" ya que desconoce que la huelga del Poder Judicial de la Ciudad durante los meses de noviembre y diciembre de 2004 se constituyó en un obstáculo insalvable para el ejercicio de la defensa de los intereses del Fisco local, y afectó el derecho de acceder a la justicia (art. 12, inc. 6º, CCBA). Agregó que la Cámara, sin declarar la inconstitucionalidad de la resol. CM-588/04, prescindió de aplicar su texto, en cuanto dispuso la suspensión de plazos para el juzgado de primera instancia por cinco días, para realizar un arqueo de expedientes. También consideró "arbitraria" la sentencia por no valorar que la cédula fue impresa por su parte el día 30/11/2004 y que se vio impedida de presentarla en el juzgado por la huelga imperante en el juzgado; en tal sentido afirmó que el fallo se aparta del criterio de la Cámara de admitir la eficacia impulsoria del proceso de la actuación realizada fuera del juicio. El recurrente sostuvo que la Cámara falló el caso con exceso ritual manifiesto, pues al decretar la caducidad por sólo dos días no tuvo en cuenta "los múltiples inconvenientes que se produjo durante la huelga por tiempo indeterminado" de noviembre y diciembre de 2004. También tachó al fallo de haber sido pronunciado *contra legem* al afirmarse en la sentencia que la suspensión de plazos de la resol. 588/04 no era aplicable porque el término del plazo de caducidad no operó en los días de la suspensión. Finalmente, en el "otrosí digo" se agravió

por considerar arbitraria e infundada la elevación de los honorarios de $ 3.000 a $ 27.300, lo que vulneraría el derecho de propiedad (fs. 135/146 vta.).

La demandada contestó el traslado que se le corriera del recurso de inconstitucionalidad, solicitando su rechazo por no dirigirse contra una sentencia definitiva y por no plantear un caso constitucional ya las cuestiones discurren sobre aspectos de hecho, prueba y derecho procesal (fs. 165/171 vta.).

La Sala I denegó su concesión: *a)* por no tratarse de una sentencia definitiva ni haberse demostrado un gravamen irreparable, *b)* porque el debate versó sobre reglas procesales, *c)* por no verificarse los supuestos de la doctrina de la sentencia arbitraria y *d)* por no haberse dado razones que justifiquen trasladar al recurso de inconstitucionalidad la doctrina de la "gravedad institucional", elaborada por la CSJN para el recurso extraordinario federal, ni desarrollarse agravios autónomos bajo tal rótulo (fs. 173/174).

4. La denegatoria dio lugar a la presentación en queja del GCBA ante el Tribunal (fs. 49/58). El Señor Fiscal General dictaminó por el rechazo de la queja, por no dirigirse el recurso de inconstitucionalidad contra un sentencia definitiva (fs. 69/71 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. La queja planteada por el GCBA no puede prosperar.

2. Si bien lo resuelto no reviste, en principio, el carácter de sentencia definitiva exigible para la procedencia del recurso de inconstitucionalidad, he sostenido que 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", sent. del 21/10/2003) (mi voto en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado" en: "GCBA c/señor Propietario partida 1535137 s/ejecución fiscal", expte. nº 3293/04, sent. del 30/3/2005).

Mas esa sola circunstancia no es suficiente para acoger el recurso. Bien ha señalado la Cámara y no ha sido adecuadamente refutado en la queja, que la cuestión decidida se refirió a reglas procesales, en particular a la interpretación del art. 261 del CCAyT y de la resol. CM-588/04, que dispuso la suspensión de plazos por cinco días para el juzgado de primera instancia interviniente. Cabe recordar, como lo expresó el juez de primera instancia y la Cámara al rechazar el recurso de apelación, que el art. 261 establece que los plazos de caducidad determinados en el art. 260 "corren durante los días inhábiles salvo los que correspondan a las ferias judiciales. Para el cómputo de los plazos se descuenta el tiempo en que el proceso ha estado paralizado o suspendido por acuerdo de las partes o por disposición del tribunal, siempre que la reanudación del trámite no quede supeditada a actos procesales que

deba cumplir la parte a quien incumbe impulsar el proceso". Aunque el ejecutante pretende, mediante una interpretación literal de la resol. 588/04 que la suspensión de plazos dispuesta por el Consejo de la Magistratura afectó también el transcurso del plazo legal de caducidad, los jueces de las instancias anteriores se pronunciaron en un sentido distinto, que resulta acorde con la prelación jerárquica de la ley por sobre la resolución en cuestión. De tal forma, la interpretación de la resolución no avanza sobre el texto expreso de la ley, que sólo suspende el curso del plazo de caducidad durante las ferias judiciales y en ciertos supuestos de suspensión por acuerdo de partes o por disposiciones de los tribunales. No se advierte en el fallo cuestionado una interpretación irrazonable del derecho que justifique su censura en esta instancia.

Por lo demás, la limitación legal de las causales de suspensión del plazo de caducidad (art. 261) no ha sido tachada de inconstitucional por el recurrente.

3. Lo atinente a valor de la impresión de la cédula con anterioridad al vencimiento del plazo de caducidad, remite a la ponderación de hechos y de su implicancia procesal, cuestiones ajenas al contenido del recurso. Por lo demás, esa cuestión no fue planteada al contestar, en primera instancia, el acuse de caducidad y sólo aparece, tardíamente, al expresar agravios. Cualquiera que fuera su valor como agravio en la instancia de grado, no puede considerarse como la interposición oportuna de la cuestión que, se dice ahora, constitucional.

4. Finalmente, la impugnación dirigida contra la modificación efectuada por la Cámara de los honorarios regulados en primera instancia carece de un desarrollo argumentativo suficiente para habilitar su consideración por el Tribunal. Además contiene una inexactitud: afirma que se incrementaron "cerca de un mil por ciento", cuando, en verdad, el incremento de los honorarios de primera instancia fue del 700% (de 3.000 a 21.000). Más allá de la magnitud porcentual, el recurrente no ha efectuado la menor argumentación para demostrar que la suma fijada por la alzada se aparta de los criterios legales de regulación.

Por lo expresado en los puntos precedentes, la queja debe ser rechazada.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. La queja obrante a fs. 49/58 cumple con sus correspondientes requisitos de tiempo y forma. Sin embargo, no puede prosperar.

2. La Cámara declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA contra la sentencia de la Sala I que confirmó la declaración de caducidad de la instancia dispuesta por el juez de grado.

Para así resolver, los magistrados expresaron: *i)* que, en principio, las sentencias dictadas en juicios ejecutivos y de apremio no tienen carácter definitivo y que el recurrente no demostró que el decisorio atacado le causara un gravamen irreparable que permitiera hacer excepción a la referida regla; *ii)* que el debate planteado por el Gobierno se refería a reglas procesales pero no involucraba argumentos constitucionales; *iii)* que el actor no había desarrollado adecuadamente su afirmación de

que la sentencia recurrida obstruía la normal percepción de la renta pública (art. 9º, CCBA); *iv)* que la resolución impugnada no podía ser calificada como arbitraria; y *v)* que el accionante no había explicado por qué la doctrina de la "gravedad institucional" construida por la CSJN para el recurso extraordinario federal debía trasladarse al ámbito del recurso de inconstitucionalidad local ni tampoco había expuesto realmente un agravio autónomo sobre el punto.

3. De los fundamentos del auto denegatorio que fueran motivo de crítica del quejoso a fs. 53/58, consideraré inicialmente el vinculado a la inexistencia de sentencia definitiva o equiparable, por cuanto la ausencia de dicho recaudo de admisibilidad formal define el rechazo por el Tribunal del recurso intentado por el GCBA.

Anticipo que, en mi opinión, el Gobierno no alcanza a acreditar que la sentencia de la Cámara sea definitiva o asimilable (art. 27, ley 402).

La resolución denegatoria advierte con acierto que, en principio, las decisiones dictadas en el marco de procesos ejecutivos y de apremio no tienen carácter definitivo pero que dicha regla puede ceder ante la existencia de un gravamen irreparable, lo que no quedó demostrado en el caso de autos.

El actor intenta justificar la existencia de un gravamen irreparable manifestando (fs. 54 vta.) que "(...) el fallo recurrido provoca a mi mandante un gravamen, perjuicio frustración *(sic)* y desconocimiento del derecho que le asiste en su carácter de órgano recaudador de los impuestos, toda vez que la cuestión debatida excede el interés individual de las partes y afecta de manera directa al de la comunidad, en razón de que incide en la percepción de la renta pública (conf. CSJN, *Fallos*, 313:1420)". Sin embargo, el recurrente no va más allá de la transcripción parcial del fallo indicado, lo que frustra su propósito. Otro tanto ocurre con la mención aislada (fs. 53 y vta.) del art. 9º de la CCBA que enumera los recursos de la Ciudad, que tampoco sustenta la irreparabilidad del perjuicio.

Como he señalado *in re* "Club Atlético River Plate Asociación Civil s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'GCBA c/Club Atlético River Plate s/ejecución fiscal'" (expte. nº 2690/03) "corresponde exigir un mayor énfasis en la carga de alegación que pesa sobre quien deduce el recurso, pues debe aportar argumentos suficientes respecto de por qué la decisión que se pone en crisis priva al interesado de otros medios legales para obtener la tutela de sus derechos, le impide el replanteo de la cuestión en otro juicio o le causa un gravamen de imposible o insatisfactoria reparación ulterior. El recurrente no cumple ninguna de estas cargas y esa omisión, en función del principio dispositivo, no puede ser suplida por este Tribunal".

4. Por otra parte, corresponde desestimar *in limine* el planteo que introduce el abogado Horacio Ravenna, por su propio derecho, en el cual cuestiona la elevación de los honorarios regulados en primera instancia a los letrados de la demandada.

El letrado carece de interés para peticionar por sí por la mencionada regulación. El obligado al pago de los honorarios que se regularan a los letrados de Jervo es el Gobierno y no su apoderado (el doctor Ravenna).

5. Por lo expuesto, voto por rechazar la queja que luce a fs. 49/58.

El juez José O. Casás dijo:

1. Adhiero a los fundamentos brindados en su voto por mi colega el juez Luis F. Lozano y, por tanto entiendo que si bien el recurso de queja fue planteado en tiempo y forma, no puede prosperar.

2. A mayor abundamiento me permito recordar que la decisión del tribunal *a quo* que en el caso confirmó la declaración de caducidad de instancia en un juicio ejecutivo, 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, toda vez que la recurrente no ha demostrado que la caducidad declarada en este proceso le impida el replanteo de la cuestión en otro juicio (p. ej., al 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.

Tanto en el recurso de inconstitucionalidad como en la queja que lo sostiene, la Ciudad expresa que: "...el fallo recurrido provoca a mi mandante un gravamen, perjuicio, frustración y desconocimiento del derecho que le asiste en su carácter de órgano recaudador de los impuestos, toda vez que la cuestión aquí debatida excede el interés individual de las partes y afecta de manera directa al de la comunidad, en razón de que incide en la percepción de la renta pública" (conf. fs. 54 vta.). Esta argumentación resulta insuficiente para demostrar los extremos que señalé en el párrafo precedente y que permitirían ingresar en la consideración de la equiparación que se pretende. Por el contrario, sólo traduce motivos ligados a la conveniencia del Fisco local.

Ya he expresado en mis votos en causas anteriores que 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. mi voto en "Asociación Civil Golf Club Lagos de Palermo s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Asociación Civil Golf Club Lagos de Palermo c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 2778/04, sent. del 16/6/2004.

En suma, no obstante el carácter de excepción que es propio de la caducidad de instancia —que debe interpretarse de manera restrictiva (conf. *Fallos,* 310:663; 315:1549; 317:369; 320:38; 320:1676; 323:44; 323:3204; 324:1459, entre otros)—, las referencias efectuadas en el recurso sobre el carácter irreparable de los agravios no han sido adecuadamente fundamentadas ni debidamente probadas.

3. En cuanto a la alegada arbitrariedad del pronunciamiento objetado, más allá de que su invocación como regla general no suple la ausencia de sentencia definitiva, 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/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 49/99, resolución del 25/8/99 y sus citas: *Constitución y Justicia* [Fallos de TSJBA], t. I, pp. 282 y ss.).

4. 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. Recuérdese que la CSJN ha sostenido que para la procedencia de este motivo de impugnación extraordinario se requiere, en principio, la existencia de cuestión federal, ausente en autos: "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). Por lo demás no se justifica en forma adecuada de qué forma concreta la decisión del Tribunal comprometería principios institucionales básicos, tal como lo exige la doctrina de la Corte.

Por los fundamentos expresados en su voto por mi colega el doctor Luis F. Lozano, lo concordantemente dictaminado por el señor Fiscal General Adjunto, así como por los desarrollos aquí expuestos, entiendo que la queja debe ser rechazada.

Así lo voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Adhiero a los fundamentos expuestos por el doctor Lozano y a las apreciaciones desarrolladas por el doctor Casás, y en consecuencia voto por rechazar el recurso de queja planteado por el GCBA.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. La decisión que confirma aquella de primera instancia relativa a la caducidad de la instancia judicial emprendida, no es recurrible mediante el recurso de inconstitucionalidad, por dos razones básicas:

a) ella no importa sentencia definitiva, en tanto no importa privar para siempre al perjudicado de la instancia judicial para hacer efectivo el derecho invocado;

b) a esa decisión se ha arribado mediante aplicación de normas del derecho común (infraconstitucional), que no han sido tachadas de inconstitucionales, sino, tan sólo, interpretadas de un modo distinto por quien resulta agraviado por la decisión.

El tribunal ya ha dicho múltiplemente que el recurso de inconstitucionalidad no representa una tercera instancia, sobre hechos y el derecho común aplicado, sino tan sólo en casos excepcionales en donde la validez de la norma aplicada a la solución del caso se ha puesto en tela de juicio por su repugnancia a los principios establecidos por la Constitución o a normas contenidas en ella (conf. *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, t. II, pp. 20 y ss., en: "Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja", expte. nº 131/99, resolución del 23/2/2000; más próximo al momento actual: expte. nº 1898/02, "'Droguería Ameri-

cana c/GCBA [DGR, resol. 7346-1991] s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR s/recurso de apelación ordinario", sent. del 17/11/2003.

2. Acertada o equivocadamente transcurrieron dos instancias sobre la fijación de los honorarios de los abogados del ejecutado, con diferentes apreciaciones de las partes: unos apreciaron la decisión de primera instancia como tacaña y otros apelaron esa decisión por pródiga. El litigio al respecto transcurrió sobre la base de la interpretación de reglas y presupuestos del derecho arancelario, normas de derecho común, infraconstitucionales. Esta categorización del litigio demuestra que no se trata aquí de un problema relativo al derecho constitucional, razón por la cual el recurso es improcedente e intenta exceder la capacidad de pronunciamiento del TSJBA.

3. En cuanto a la "gravedad institucional" casi no tengo nada que decir, no me parece que las instituciones de la Ciudad o de la Nación estén afectadas por una decisión acerca de la caducidad de una acción ejecutiva. En todo caso, grave, aunque no institucionalmente, podría resultar, eventualmente, que las agencias de cobro del Estado dejaran perimir las ejecuciones que demandan.

4. Por todo ello, propongo rechazar la queja interpuesta por el apoderado del gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

Por ello, de conformidad con el dictamen del Fiscal General Adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja planteada por el GCBA a fs. 49/58.

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

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

LXXIV

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'VELAZ, LILIANA MIRTA Y OTROS C/GCBA S/COBRO DE PESOS'"

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Docentes. Adicional salarial. Rubros remunerativos. Pago de diferencias salariales. Regularización previsional. Principio de congruencia. Incompetencia de la justicia local. Legitimación activa.

SUMARIOS:

1. La condena impuesta al GCBA a cumplir una obligación que no ha sido requerida en la demanda pone en juego el principio de congruencia entre lo pedido

y lo decidido de oficio en el fallo (art. 18, C.N., y art. 3º, inc. 3º, CCBA). *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

2. El Gobierno de la Ciudad carece de legitimación material para ser sujeto pasivo de una demanda interpuesta ante los tribunales de la Ciudad, que no son competentes porque la pretensión tiene por objeto obligaciones debidas a una persona distinta del actor. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

3. Los tribunales de la Ciudad no tienen competencia para condenar al GCBA a regularizar la situación previsional de la actora ante un organismo previsional nacional, que no comparece ante el derecho local, pues le es aplicable la ley pertinente del Congreso de la Nación. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier. En sentido concordante ver voto de los señores jueces Alicia E. C. Ruiz y Luis F. Lozano).*

4. Resulta procedente condenar al GCBA a regularizar la situación previsional cuando de las constancias del expediente se desprende que la cuestión relativa a la situación previsional de la parte actora fue introducida por ésta al tiempo de promover la demanda. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

5. La regularización de la situación previsional de la actora 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. *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás).*

Expte. nº 5526/07 - 30/4/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Liliana Mirta Velaz, Stella Maris Otero, Teresa María Krumrick, María Itatí Maciel, Antonio Oscar Albornoz, Cecilia Guillermina Arthur, Gladys Lidia Herbel y María Teresita Perone, personal docente, demandaron al GCBA, con el siguiente objeto (fs. 2/8 vta.):

a) se declare la inconstitucionalidad de los decretos que crearon los suplementos adicional salarial docente (dec. 4748/90 y los sucesivos que lo mantuvieron), suma fija no remunerativa (dec. 4937/91 y sucesivos), fondo educativo (dec. 5787/91 y sucesivos) y suma remunerativa no bonificable (dec. 1442/1998);

b) se obligue a la demandada a incluir los suplementos descriptos en el punto anterior a) dentro del rubro sueldo básico y se calcule y liquide hasta el momento del efectivo pago la antigüedad (código 005) y el sueldo anual complementario y se abone las diferencias desde la fecha en que empezaron a percibirse estas sumas, con más los intereses; y

c) se autorice el pago de las contribuciones a la seguridad social que legalmente corresponde, por las sumas que realmente perciben y no solo por las que figuran como "sueldo" ya que por dichas sumas no se han

realizado los aportes a las cajas, produciendo una diferencia entre los que realmente se aporta y lo que se debería aportar, diferencia que los perjudica al momento de jubilarse (fs. 6).

2. El juez de primera instancia rechazó la demanda respecto del carácter bonificable de los suplementos creados por los decs. 4787/90 y 1442/98 y declaró el carácter remunerativo de los suplementos creados por decs. 4937/91 y 5787/91. Ordenó al GCBA que reliquide los rubros 094 y 096 y pague las diferencias de sueldo anual complementario con más los intereses por los períodos no prescriptos y que se presente ante el órgano previsional a fin de regularizar su situación respecto de las contribuciones debidas (fs. 21/23).

3. El GCBA apeló la sentencia (fs. 27/29). La Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario rechazó el recurso interpuesto por el GCBA y confirmó la decisión apelada (fs. 30/32 vta.).

4. La demandada dedujo recurso de inconstitucionalidad (fs. 33/37 vta.) fundado en la arbitrariedad de la sentencia por incongruencia —con afectación de la garantía del debido proceso y defensa en juicio (arts. 18, C.N. y 10 y 13, inc. 3º, CCBA)— pues, a su juicio, el tribunal decidió cuestiones no integrativas de la litis y lo condenó a realizar aportes previsionales no pedidos oportunamente.

La Sala II de la Cámara declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad interpuesto (fs. 38/39 vta.).

5. Ante la resolución denegatoria, el GCBA recurrió en queja (fs. 40/46).

Corrida la vista al Ministerio Público, el Fiscal General Adjunto propició rechazar el recurso de queja impetrado (fs. 57/59).

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. El recurso de queja planteado por el GCBA fue deducido en tiempo y forma (art. 33 LPTSJ). Sin embargo, no puede prosperar.

2. El presente caso resulta sustancialmente análogo al resuelto por este Tribunal *in re*: "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 3565/04, sent. del 26/5/2005; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Bayugar, Alicia Dolores y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 3898/05, pronunciamiento del 31/8/2005; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Abuin, Alicia Inés y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 3899/05, resolución del 31/8/2005; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Amstutz, María Laura c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 3928/05, decisorio del 14/9/2005; "GCBA s/queja por

recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Ruiz, María Antonieta c/GCBA s/ cobro de pesos'", expte. nº 3879/05, resolución del 14/9/2005; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Fernández, María Elena Juana y otros c/GCBA (Secretaría de Educación) s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 4075/05, sent. del 14/12/2005; y "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Alasia, Virginia c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 4304/05, sent. del 31/5/2006; "Michelet, Aída Esther c/ GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración) s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. nº 4739/06 "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Michelet, Aída Esther c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 4748/06, sent. del 8/11/2006.

3. Sobre la base de lo expresado por la suscripta en los precedentes y la doctrina expuesta en sus fundamentos, a los que me remito por razones de brevedad, considero que la afirmación que la Procuración General efectúa acerca de la improcedencia de la condena a regularizar la situación previsional por haberse pronunciado la Cámara sobre una cuestión no planteada en la demanda —decisión que a juicio de la recurrente habría vulnerado el principio de congruencia— no puede ser admitida. Sólo es menester dejar en claro que —contrariamente a lo afirmado por la recurrente, y coincidiendo con lo dictaminado por el señor Fiscal General Adjunto— de las constancias del expediente se desprende que la cuestión relativa a la situación previsional de la parte actora fue introducida por ésta al tiempo de promover la demanda (ver fs. 5 vta./6 punto VI). Nótese que el señor juez de grado también tuvo en cuenta que la pretensión incluía la regularización de la cuestión previsional (fs. 23). Así, es claro que el tribunal *a quo* no ha resuelto el proceso con alcance *extra petita*.

Nada más corresponde resolver sobre el punto, a tenor del contenido de los agravios propuestos por la Ciudad —limitado a expresar que la cuestión previsional no había sido planteada en la demanda.

Por todo lo expuesto, considero que la queja debe ser rechazada.

El juez José O. Casás dijo:

Adhiero al voto de la señora jueza de trámite, doctora Ana María Conde, en tanto expresa los motivos por los cuales corresponde rechazar la queja interpuesta por el GCBA.

Por lo demás, como lo sostuve en el precedente *"Farías"* ya citado por mi aludida colega, la regularización de la situación previsional de la actora, en un caso como el presente, 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 último, y tal como lo destaca la señora jueza de trámite, nada más corresponde resolver sobre el punto, en atención a los términos del planteo efectuado por la parte demandada.

Así lo voto.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Para despejar el terreno, cabe advertir que el recurrente, GCBA, ha aceptado, básicamente, su condena en dos instancias y recurrido únicamente por la confirmación que el fallo de Cámara importa para el punto II (repetido: segundo punto II) de la parte dispositiva de la sentencia de primera instancia (expediente de la queja, TSJBA, fs. 23), en cuanto obliga a la Ciudad de Buenos Aires a "presentarse ante el órgano previsional competente y, allí, regularizar la situación respecto de las contribuciones debidas al Sistema de Jubilaciones y Pensiones".

A mi juicio, cualquiera que sea el nombre que el recurrente le haya dado, él ha expuesto un único agravio: la condena explicitada no ha sido requerida en la demanda, al menos en los términos de la parte dispositiva, con lo cual se trata de una condena de oficio, por definición, sin posibilidad concreta de ser falseada.

2. La queja es admisible. Como dije, más allá de un problema semántico —la enfermedad de la *arbitrariedad*, de la que adolecen todos los recurrentes—, el recurso intentado pone en juego, claramente, el principio de congruencia entre lo pedido y lo decidido (C.N., 18; CCBA, 13, inc. 3º), pues sostiene que el dispositivo, tal como reza, no ha sido pedido en la demanda. En este sentido, la queja debe ser admitida.

3. Le asiste razón al recurrente: la demanda, punto VI. *Conclusiones*, último párrafo (legajo de la queja, TSJBA, fs. 6) se refiere —algo confusamente— a una autorización del "pago de las contribuciones de Seguridad Social que legalmente corresponde hacerse por las sumas que realmente perciben...", mientras que, como ya fue dicho, la sentencia condena al GCBA a presentarse ante un organismo —para el caso, federal— y regularizar la situación previsional de los actores.

Va de suyo que, cuando el GCBA, en cumplimiento de la sentencia, abone las diferencias de sueldo que allí se le ordena pagar, generará al mismo tiempo la obligación de contribuir con el aporte establecido por la ley (nacional) para el empleador, y la que proviene de su papel de agente de retención que la ley le adjudica respecto del aporte del empleado, obligaciones que, se supone, ingresarán al organismo correspondiente en los plazos debidos, pues, de otro modo, será factible demandarlo por una obligación incumplida. Pero no parece ser esto, verdad de Perogrullo, lo que manda la sentencia, sino, muy por lo contrario, ella establece el deber para el Gobierno de autodenunciarse ante el organismo previsional por los períodos en los cuales no computó los adicionales como remunerativos y, de este modo, generar una liquidación de sus deudas al respecto. Debe señalarse que esta liquidación contendría, necesariamente, los aportes que debió retener del empleado, con lo cual ya no se entiende, prácticamente, la utilidad de la demanda en lo que a la cuestión que analizamos atañe.

4. Ya en mis votos *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 3565/04, resolución del 26/5/2005; y en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Amstutz, María Laura c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 3928/05, resolución del 14/9/2005, ambos citados por el quejoso (ver fs. 45 vta.) entre múltiples otros casos, advertí sintéticamente acerca de que una demanda o reclamo administrativo de este tipo no estaba incluido en la competencia de los tribunales de la Ciudad, por tratarse de un organismo previsional nacional, ni comparecía ante el derecho local, pues resulta de aplicación la ley pertinente del Congreso de la Nación. Como lo menciona el recurrente, mi colega, la señora jueza Alicia Ruiz, y yo, destacamos en tales fallos la *falta de legitimación material* (pasiva) del aquí demandado, el GCBA, para ser sujeto pasivo de un reclamo que tiene por objeto obligaciones debidas a una persona distinta del actor, sin perjuicio de su intervención eventual como tercero interesado en la disputa.

5. Como estimo que el dispositivo aprobado por la Alzada —de la sentencia de primera instancia—, punto II (repetido), parte dispositiva, no guarda correspondencia con aquello requerido en la demanda, el recurso de inconstitucionalidad debe triunfar y provoca la revocación de la sentencia de la Cámara en cuanto confirma el punto citado de la parte dispositiva de la sentencia de primera instancia.

Las costas deben imponerse a la parte vencida en el recurso, conforme a la regla general, pues no existe mérito para aplicar la excepción.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de queja ha sido interpuesto en legal tiempo, forma y logra dirigir una crítica concreta contra el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad planteado por el GCBA, por lo que corresponde, entonces, la consideración de los agravios expuesto en esta impugnación.

2. La cuestión constitucional planteada, en forma correcta y sin que requiera mayor análisis remite a lo que oportunamente expresé sobre el particular en el expte. nº 3928/05 "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Amstutz, María Laura c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", sent. del 14/9/2005, decisión a la que, por razones de brevedad, me remito.

3. Por lo expuesto, voto por declarar procedente la queja, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad y revocar parcialmente la sentencia de cámara en cuanto confirma el punto III de la sentencia de primera instancia (incorrectamente consignado como II en esa sentencia) que trata la cuestión de los aportes y contribuciones provisionales. Costas al vencido (conf. art. 62, CCAyT y art. 2º, ley 402).

El juez Luis F. Lozano dijo:

Adhiero al voto de la doctora Alicia E. C. Ruiz y a las consideraciones del doctor Maier relativas a la falta de competencia de los tribunales locales para resolver una cuestión como la discutida en autos.

Por ello, oído el señor Fiscal General Adjunto y, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Hacer lugar* a la queja y al recurso de inconstitucionalidad interpuestos por el GCBA.

2º. *Revocar* parcialmente la sentencia de la Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario en cuanto confirma el siguiente punto de la sentencia primera instancia "II. Con respecto a los aportes y contribuciones, éstos se deberán regularizar de acuerdo con las pautas contenidas en el considerando VII, puntos a) y b), debiendo el GCBA presentarse ante el órgano provisional competente y, allí, regularizar la situación respecto de las contribuciones debidas al Sistema de Jubilaciones y Pensiones".

3º. *Imponer* las costas del recurso a la parte vencida.

4º. *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.: *José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier.*

LXXV

"SANTIAGO, ALICIA NOEMÍ C/CAJA DE SEGURIDAD SOCIAL PARA ABOGADOS DE LA CABA S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Caja de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad de Buenos Aires (CASSABA). Ley 1181. Principios de universalidad y solidaridad. PRINCIPIO DE LEGALIDAD: Reglamentación. Delegación de facultades legislativas. Aportes previsionales. Abogados afiliados a otro régimen previsional. Superposición de aportes. AMPARO: Idoneidad de la vía elegida.

SUMARIOS:

1. El amparo no constituye un procedimiento judicial genérico y electivo, sustitutivo de los procedimientos específicos reglados, sino que supone la evidencia inicial de la ilegitimidad del acto u omisión cuestionados y el daño grave e inminente a un derecho constitucional o legal que deba ser restablecido de inmediato. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

2. El poder de reglamentación, reconocido por gran parte de la doctrina, debe ejercerse en los límites de la ley y sin contradecirla. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

3. No se advierte que la reglamentación ensayada por CASSABA (art. 5º, resol. 004-4/05) contradiga la ley o exceda aquello que es materia de reglamentación, pues comienza por repetir el texto de la ley y, posteriormente, somete a contribución tan sólo el resultado del trabajo profesional ejercido ante los tribunales de la Ciudad. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

4. La afiliación a otro régimen previsional no implica superoposición de aportes, puesto que, como ocurre normalmente, las contribuciones efectuadas ante un organismo pueden ser hechas valer, en determinadas condiciones, frente al organismo que concede el haber previsional. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

5. El fruto económico del trabajo de un abogado en el territorio de la Ciudad de Buenos Aires debe efectuar contribuciones basadas en servicios o beneficios concretos para el contribuyente, y también en aquellas fundadas en los principios de universalidad y solidaridad, cualquiera que sea el sistema que se adopte. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

6. El recurso de inconstitucionalidad intentado debe ser rechazado pues para habilitar la instancia prevista en el art. 27 de la ley 402 no basta con la invocación genérica y esquemática de agravios o sostener un criterio interpretativo distinto del seguido en la sentencia objetada. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde, Luis F. Lozano y José O. Casás).*

7. El pedido de la actora de quedar exceptuada de la obligación tributaria impuesta por el régimen instituido por la ley 1181 o cualquier otro que lo reemplace configura una pretensión que no es pasible de ser puesta a consideración de un organismo del Poder Judicial. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

8. La ley 1181 no confirió a ninguno de los órganos de la Caja de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad de Buenos Aires (CASSABA) aptitud para reglamentar la ley en un rango equivalente al de un decreto que sólo pudo emitir el Jefe de Gobierno. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

9. CASSABA —persona jurídica de derecho público no estatal— no podía, debido a su "autonomía económica y financiera" (art. 2º de la ley 1181), sustituir en el ejercicio de sus funciones a la autoridad constitucionalmente competente para emitir la reglamentación de la ley. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

10. La reglamentación de la ley es facultad del Jefe de Gobierno sujeta, conforme con el art. 101 de la CCBA, a los recaudos allí indicados para que pueda ser ejercida en forma legítima. *(Voto disidente de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 5535/07 - 30/4/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Alicia Noemí Santiago promovió una acción de amparo contra la Caja de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en

adelante, CASSABA), con el objeto que se declare la inconstitucionalidad de la reglamentación del art. 5º de la ley 1181, se imponga a CASSABA el deber de no considerar afiliada a la actora y se ponga en conocimiento del Banco de la Ciudad de Buenos Aires y del Banco de la Nación Argentina dicha circunstancia a fin de que tales entidades se abstenga de retener los aportes establecidos por la ley 1181 (fs. 1/14). La actora señaló que está afiliada a la Caja de Previsión de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, y que materializó la opción a que hace alusión el art. 5º segundo párrafo de la ley 1181, con el objeto de quedar exceptuada a CASSABA (fs. 1 vta.).

2. Corrido traslado de la demanda, la CASSABA produjo el informe previsto en el art. 8º de la ley 16.986 (fs. 87/103), en el que objetó la vía empleada por los actores para encauzar su demanda —en tanto no existe, a su criterio, ilegalidad o arbitrariedad manifiesta, ni actualidad o inminencia en la afectación de una garantía constitucional—. Además, se opuso a la procedencia de la pretensión.

3. La jueza de primera instancia rechazó la acción de amparo en cuanto al planteo de inconstitucionalidad de la resol. CASSABA-004-A/05 fundado en la incompetencia del ente para dictar la reglamentación de la ley 1181 y declaró la inconstitucionalidad de la reglamentación del art. 5º de la ley 1181 dispuesta por la resol. CASSABA 004-A/05 con fundamento en la irrazonabilidad de la reglamentación y admitió la acción en tal sentido (fs. 132/136 vta.).

4. CASSABA apeló la sentencia de primera instancia (fs. 142/157 vta.). Los actores contestaron el traslado del memorial de agravios solicitando se declare desierto (fs. 163/169 vta.).

5. La Sala II de la Cámara CAyT revocó la sentencia de primera instancia, en cuanto hizo lugar a la acción, con remisión al fallo dictado por el Tribunal en la causa "Fornasari" (fs. 177/178 vta.).

6. La actora interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 182/194 vta.), que previa contestación por CASSABA (fs. 203/222), fue concedido por la Sala II (fs. 224 y vta.).

7. A fs. 232/238 vta. obra el dictamen del Fiscal General Adjunto, quien propicia que se rechace el recurso de inconstitucionalidad impetrado por la parte actora, se confirme la sentencia apelada y se rechace el amparo.

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad deducido por Alicia Noemí Santiago fue correctamente concedido por la Sala II, y corresponde hacerle lugar por las razones que expongo en los apartados siguientes.

2. El escrito de fs. 182/194 vta. logra plantear un caso constitucional en los términos del art. 27 de la ley 402.

La recurrente manifiesta que la sentencia en crisis soslaya derechos de amparo constitucional como son el derecho de propiedad y al patrimonio, la igualdad de partes, derecho a ejercer libremente la profesión, la garantía de reserva de ley tributaria, prohibición de superposición de aportes previsionales (arts. 4º, 16, 17, 14, 14 bis, 19, 52, 75, incs. 1º y 2º de la C.N. y arts. 4º, 9º, inc. 1º, 51, 80, inc. 2º, punto a), 102, 103 y 104 de la CCBA. Los fundamentos dados por la actora fueron los siguientes: *a)* CASSABA no tiene competencia de para reglamentar una ley dictada por la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en tanto dicha facultad está atribuida constitucionalmente al Jefe de Gobierno de la Ciudad; *b)* la reglamentación contradice abiertamente la letra de la propia ley a la que pretende reglamentar, por lo que incurre en un supuesto de exceso en la facultad reglamentaria o reglamentación *contra legem*; *c)* la reglamentación viola el principio de reserva de la ley tributaria en cuanto modifica el ámbito personal del hecho imponible extendiendo la aplicación del régimen creado a sujetos expresamente exceptuados por la ley 1181; *d)* la obligación de realizar un doble aporte previsional por ejercer la misma actividad configura un supuesto de superposición de aportes, que a su vez viola su derecho a la propiedad, y e) la ausencia de contraprestación y de reconocimiento de los años de servicio para los profesionales que no cubran el AMAO implican una confiscación, y un enriquecimiento sin causa para CASSABA.

3. Comenzaré por el análisis del agravio consignado bajo la letra a) dado que de asistir razón al recurrente el tratamiento de los restantes planteos será innecesario.

En la sentencia dictada por el Tribunal el 18/4/2007 en los autos "Fornasari, Norberto Fabio c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 4911/06, expuse las razones por las que considero que CASSABA no podía, válidamente, reglamentar la ley 1181. En los escritos que CASSABA ha presentado en este juicio no se brindan nuevos argumentos que me lleven a modificar el criterio sostenido en mi voto de aquel fallo, cuyas partes pertinentes procederé a transcribir:

> "*5.* El 13/11/2003, la Legislatura local sancionó la ley 1181 (publicada en el *BOCBA* 1830 del 2 de diciembre de aquel año) por la cual se instituyó el Sistema de Seguridad Social para Abogados de la CABA y se creo la Caja de Seguridad Social para Abogados de la CABA. La constitucionalidad de ley no fue objetada en este pleito.
>
> La C.N. otorga la potestad de reglamentar las leyes al Poder Ejecutivo con los alcances que resultan del art. 99, inc. 2º. En el orden local, el art. 100, inc. 2º le confiere esta atribución al Jefe de Gobierno, quien debe ejercerla en el marco del principio republicano.
>
> A su turno, el primer párrafo del art. 100 de la C.N. establece que el Jefe de Gabinete de Ministros y los demás ministros '...tendrán a su cargo el despacho de los negocios de la Nación, y refrendarán y legalizarán los actos del presidente por medio de su firma, sin cuyo

requisito carecen de eficacia'. En sentido coincidente, el inc. 8º del mismo artículo dispone que corresponde al Jefe de Gabinete de Ministros 'refrendar los decretos reglamentarios de las leyes...'.

La CCBA también ha fijado un límite a la potestad reglamentaria del Jefe de Gobierno al subordinar la validez del acto a la refrenda y legalización del ministro del área (art. 101 de la CCBA), lo que implica una suerte de agregación de corresponsabilidad funcional.

6. De acuerdo con dicha distribución constitucional de competencias, la ley 1181 no confirió a ninguno de los órganos de la entidad creada aptitud para reglamentar la ley en un rango equivalente al de un decreto que sólo pudo emitir el Jefe de Gobierno.

CASSABA estaba facultada para dictar válidamente cierto tipo de disposiciones acordes con las prerrogativas que le confiere la ley; muchas de ellas se encuentran —incluso— en los términos de la resolución 004-A-05. Sin embargo, es en el marco de este proceso y en atención a la norma que fuera objeto de impugnación por el amparista (art. 5º de la reglamentación de la ley) que propicio la incompetencia de la demandada.

La lectura de los arts. 120 y 131 de la ley de autos (referidos a las atribuciones de la Asamblea y del Directorio, respectivamente) sostiene la opinión que sustento.

El art. 120 establece las siguientes atribuciones para la Asamblea:

'*1.* Dictar las disposiciones y resoluciones conforme a los fines y objetivos que inspiran a la presente Ley.

2. Dictar su Reglamento Interno.

3. Elegir a la Junta Electoral y dictar el Reglamento Electoral.

4. Elegir, a propuesta de sus miembros, un Síndico Titular y uno Suplente, de conformidad a las prescripciones de la presente Ley, su reglamentación y demás disposiciones aplicables.

5. Establecer el valor del *lex* previsional de acuerdo al monto máximo fijado en esta ley.

6. Instrumentar o suspender los beneficios establecidos en el art. 7º respetando el equilibrio económico financiero de la Caja. Las decisiones sobre estos temas deben ser adoptadas por voto de la mayoría absoluta de los Representantes.

7. Considerar la Memoria, Balance y Estados Contables, sus notas y anexos del ejercicio, informes anuales del Consejo Directivo y de la Sindicatura. Expedirse en las cuestiones que el Directorio o la Sindicatura sometan a su consideración.

8. Aprobar o rechazar el cálculo de Recursos y Presupuesto de Gastos Anuales y Plurianuales.

9. Aprobar los convenios propuestos por el Directorio en los términos del art. 131, incs. 9º y 10.

10. Remover a cualquiera de los Representantes o Directores, por causas graves, por el voto de los dos tercios (2/3) del total del cuerpo.

11. Fijar la retribución de los Directores.

12. Considerar cualquier otro asunto que el Directorio hubiera incluido en el orden del día.

13. Ejercer toda otra facultad u obligación que le asigne la reglamentación'.

A su turno, el art. 131 determina para el Directorio los siguientes deberes y atribuciones:

'1. Organizar la estructura administrativa de la Caja.

2. Designar por concurso al personal de la Caja, estableciendo las pautas de su desempeño laboral y ejerciendo el poder disciplinario, pudiendo removerlo.

3. Fijar las remuneraciones del personal.

4. Dictar su Reglamento Interno de funcionamiento.

5. Concretar la afiliación y registro individual de los profesionales comprendidos en el art. 5º.

6. Recaudar en la forma que dispone esta ley, su reglamentación y demás disposiciones aplicables a los recursos previstos y todo otro que se destine al financiamiento de esta Caja.

7. Administrar los fondos de la Caja conforme a esta ley, su reglamentación y disposiciones de la Asamblea.

8. Conceder, denegar, suspender y revocar mediante resolución fundada las prestaciones y beneficios previstos en el Sistema. A los efectos de revocar prestaciones o beneficios en curso de pago es necesaria una mayoría de las dos terceras partes (2/3) de los miembros presentes.

9. Proponer a la Asamblea la aprobación de convenios con otras Cajas de Abogados facultando a los afiliados a ambas Cajas que opten por completar el aporte mínimo anual obligatorio sólo en una de ellas.

10. Proponer a la Asamblea la aprobación de acuerdos con las entidades prestadoras de servicios de salud a fin de asegurar a los afiliados y beneficiarios dicha cobertura y los demás que resulten convenientes para el mejor desempeño de sus funciones.

11. Aplicar, fiscalizar, verificar y ejecutar la recaudación de aportes y contribuciones.

12. Proyectar anualmente el Presupuesto de la Caja, elevarlo a la Asamblea, ejecutar el que resulte aprobado y confeccionar al término del ejercicio el Balance y la Memoria que deben ser sometidos a consideración de la Asamblea.

13. Convocar a la Asamblea Ordinaria.

14. En casos de urgencia convocar a Asamblea Extraordinaria, con la antelación prevista en el art. 122.

15. Resolver los recursos de revocatoria que le fueran planteados

16. Designar los integrantes de las Comisiones Internas que contemple su Reglamento Interno.

17. Crear comisiones *ad hoc*, designando sus integrantes.

18. Otorgar poderes.

19. Realizar todos los actos conducentes a facilitar el accionar de la Sindicatura, brindando los informes y documentación que esta le requiera, con la celeridad que las circunstancias determinen.

20. Convocar a comicios para la elección de miembros del Directorio y de la Asamblea conforme lo previsto en esta ley.

21. Proyectar las modificaciones de esta ley o su reglamentación, que considere necesarias, para someterlas a consideración de la Asamblea.

22. Asistir a las Asambleas con derecho a voz, pero sin voto.

23. Las demás facultades que le asignen la reglamentación y las disposiciones emanadas de la Asamblea.

24. Resolver sobre toda situación no prevista y proveer a toda acción pertinente para el cumplimiento de los fines de la Caja'.

Una lectura atenta del art. 120 de la ley muestra que las facultades de la Asamblea de CASSABA están orientadas a la puesta en marcha, organización interna y funcionamiento operativo de la institución. Esos son los límites legales que no incluyen, ni podrían hacerlo, la sustitución del Poder Ejecutivo local en materia de reglamentación de la ley.

7. Por otra parte, y en el mismo sentido que la interpretación que vengo sosteniendo, el Ejecutivo local, en ejercicio de atribuciones constitucionales (art. 102 de la CCBA), emitió el dec. 2046/04 (publicado en el *BOCBA* 2068 del 16/11/2004) por el cual aprobó la reglamentación de los arts. 78 y 139 de la ley 1181 y dispuso: '*Art. 2º.* Requiérase a las autoridades de la Caja de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y al Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, que en un plazo de 60 días acerquen a la Secretaría de Justicia y Seguridad Urbana, las propuestas para la reglamentación del resto del articulado de la Ley 1181'; '*Art. 3º.* La Autoridad de Aplicación dictará todas las normas aclaratorias y complementarias que resulten necesarias para el cumplimiento de la presente reglamentación'.

Posteriormente, y a través del dec. 151/07 (publicado en el *BOCBA* 2615 del 30/1/2007), el Jefe de Gobierno ratificó su potestad reglamentaria en ocasión de un reclamo administrativo que formulara CASSABA a fin de que se derogase el dec. 2046/06 por razones de incompetencia del órgano emisor.

Fue allí que el Ejecutivo rechazó el reclamo de la Caja y la intimó para que, en el término de cinco días, dejara sin efecto una 'reglamentación' de los arts. 1º a 110 de ley que emitiera la Asamblea de Representantes (resolución 004-A-05); bajo apercibimiento de impulsar judicialmente la impugnación del acto.

En síntesis y, a diferencia de la postura de la Sala I de la Cámara CAyT, opino que CASSABA excedió el marco establecido en la ley 1181 al reglamentar del modo y con la extensión que lo hiciera.

8. La demandada intenta —sin éxito— fundar la validez de la ley 1181 que dictara en algunos de los considerandos de la resolu. 004-A/05: así, que el Directorio hubiese proyectado la reglamentación de la ley, que la hubiera sometido a consideración de la Asamblea y que, esta última, conforme resultaría de los términos del art. 131, inc. 21 de la ley 1181, posee 'la facultad (...) de aprobar [la] reglamentación de dicha ley' (el destacado me pertenece).

Cabe destacar, como lo hiciera más arriba, que la ley 1181 no confiere (ni hubiese podido hacerlo por razones de índole constitucional) a ninguno de los órganos de CASSABA atribuciones para reglamentar ese texto legal.

Subrayo que en particular, el art. 131, inc. 21 (citado por la demandada) sólo reconoce que el Directorio puede proyectar (no así, ejecutar) modificaciones a la ley o a su reglamentación y que la Asamblea, como 'autoridad máxima de la Caja' (art. 111 de la ley 1181), puede abordar el tratamiento de las diversas propuestas modificatorias que el Directorio considerase pertinentes (además de las que ella pudiese considerar aun sin intervención de aquel).

Sin embargo, las razones que invoca CASSABA —persona jurídica de derecho público no estatal—, no la autorizan a suponer que podía, debido a su 'autonomía económica y financiera' (art. 2º de la ley 1181), sustituir en el ejercicio de sus funciones a la autoridad constitucionalmente competente para emitir la reglamentación de la ley. Esta es una facultad del Jefe de Gobierno sujeta, conforme con el art. 101 de la CCBA, a los recaudos allí indicados para que esa facultad pueda ser ejercida en forma legítima.

Al reglamentar la ley, CASSABA ha obrado con prescindencia de los marcos institucionales fijados por el orden constitucional vigente en la Ciudad".

4. Las razones expuestas en el precedente citado más arriba fundan la inconstitucionalidad de la resol. 004-A/05 y me eximen de pronunciarme en relación a las otras cuestiones constitucionales planteadas en el recurso en análisis.

5. Con apoyo en las consideraciones que anteceden voto por: *a)* admitir el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por Alicia Noemí Santiago a fs. 182/194

vta.; *b)* revocar la sentencia de la Sala II de la Cámara CAyT; *c)* confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró "la inconstitucionalidad de la reglamentación del art. 5º de la Ley 1181 dispuesta por la resol. CASSABA-004-A/05"; y *d)* imponer las costas a la vencida.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Por fuera de los requisitos extrínsecos del recurso, coincido con la señora jueza de trámite al estimar que la recurrente, con o sin razón sobre el fondo de la cuestión, ha planteado un verdadero caso constitucional. En efecto, el recurso interesa, según su propia articulación, en primer lugar, al poder de reglamentar las leyes que dicta el Parlamento (CCBA, 102); en segundo lugar, al principio de legalidad de las contribuciones y tributos (CCBA, 51, 80, inc. 2º, punto a) y, más allá de ello, al derecho individual de ejercer una industria, oficio o profesión lícitos. En razón de las consideraciones expuestas, concluyo que la Cámara ha concedido acertadamente el recurso.

El núcleo del amparo versa acerca de la posibilidad de imponer ciertas contribuciones a los abogados por el ejercicio profesional ante los tribunales de la Ciudad de Buenos Aires, según la ley 1181 y su reglamentación por CASSABA (resol. 004-4/05). La amparista sostiene que la reglamentación no le corresponde a CASSABA sino al Poder Ejecutivo, y agrega que aun si se acepta la posibilidad de que CASSABA reglamente la ley, la forma concreta en que lo ha hecho excede el marco de los "pormenores y detalles" materia de reglamentación y contradice la ley citada. Por último, sostiene, todo ello representa una imposición ilegítima (C.N., 14, 14 bis y 17) para el ejercicio de la profesión de la actora (abogada).

No resulta ocioso recordar que el Tribunal ya ha expresado que la inconsecuencia constitucional de la reglamentación de una ley, de alcance general, *es* materia constitucional; yo incluso lo sostuve en el marco de una acción de inconstitucionalidad de tipo abstracto, esto es, de aquéllas reguladas por el art. 113, inc. 2º de la CCBA (ver mi voto en el expte. nº 506/00, "Hipódromo Argentino de Palermo S.A. c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", resolución del 28/6/2001, apart. I, puntos 1 a 3).

2. Como se consigna en los 'resulta' del voto de la señora jueza de trámite, la Sala II de la Cámara CAyT revocó la sentencia de primera instancia —que amparaba a la actora—, con sustento en los fundamentos del TSJBA en el caso "Fornasari, Norberto Fabio c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 4911/06, sent. del 18/4/2007, al que el pronunciamiento impugnado remite (ver fs. 177). Verificado el acierto de esa remisión, expondré mi opinión para resolver el *sub examine* sin apartarme de los argumentos centrales que fundaron mi temperamento en el precedente mencionado.

3. Debo reconocer que no existe queja del demandado sobre la vía utilizada por la actora para tramitar el litigio. Ello parecería obturar mi posibilidad de discrepar al respecto. Empero, como pretendo demostrarlo, la vía elegida no sólo es

ilegítima e inidónea para resolver el conflicto suscitado en esta controversia, sino que, además, limita la posibilidad de decisión del Tribunal aun en torno al recurso interpuesto.

En primer término, debo señalar que el examen de la demanda y el recurso parecían sugerir, antes bien, que se somete a consideración del TSJBA una acción declarativa de certeza (regulada por el CCAyT, 277, y por el CPPN, 322), en lugar de un amparo frente a la lesión manifiesta de las reglas constitucionales utilizadas por el recurso en contra de la sentencia de la Cámara. En efecto, bien que en un escenario hipotético, aquí se trata, a lo sumo, de una pretensión —eventualmente ejercida por el demandado— de establecer un crédito a su favor, cuyo deudor sería el amparista, cuestión para la cual, en el caso de ejercicio judicial de esa pretensión, basta la posibilidad de defensa concedida a los deudores cuando son demandados en esa calidad. Si ello no es así, y tan sólo se trata de una posibilidad futura —hoy abstracta— de ejercicio de esa pretensión por parte del demandado, la cuestión se subsume, según ya lo hemos advertido, en una acción declarativa de certeza conforme a las leyes antes indicadas.

Como ya lo he dicho en casos recientes, no resulta legítimo reemplazar procedimientos judiciales previstos en la ley procesal por el amparo como trámite más sencillo y rápido, teóricamente (ver, p. ej., expte. nº 4809/06, "Doctor Ricardo Monner Sanz c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA] s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. nº 4313/05, "Lotería Nacional Sociedad del Estado s/queja por recurso de apelación ordinario denegado en 'Doctor Ricardo Monner Sanz c/Instituto de Juegos de Apuestas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otros s/otros procesos incidentales'", resolución del 6/10/ 2006 y expte. nº 4781/06, "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Alonso, Daniel c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA]'", resolución del 30/11/2006, así como en los casos mencionados en los fundamentos de ese voto).

Nótese que, de haberse seguido los pasos que la ley procesal exige, habríamos estado frente a la sentencia emanada de un juicio ordinario (o, al menos, sumario), con todos los trámites clásicos en este tipo de procedimientos (defensa y prueba) que habrían definido mucho mejor el litigio planteado por el actor. Al respecto, la vía elegida es particularmente inidónea para resolver problemas como el que se nos presenta, acerca de la existencia o posibilidad de existencia de un crédito del que es deudor una persona determinada. Repárese también en que el art. 14 de la CCBA abre esta vía "expedita y rápida... siempre que no exista un medio judicial más idóneo...". El amparo no constituye un procedimiento judicial genérico y electivo —a gusto del actor—, que suplante o reemplace a los procedimientos *específicos* reglados. El amparo supone, en cambio, dos condiciones: en primer lugar, la evidencia inicial de la ilegitimidad del acto u omisión cuestionados y, en segundo lugar, el daño grave e inminente a un derecho constitucional o legal que deba ser restablecido de inmediato. Para decirlo en términos vulgares, se trata de una verificación sencilla e inmediata, según sucede en su pariente, relativo a la libertad

locomotiva, *el habeas corpus*, que no tiene por objeto verificar la culpabilidad de alguien en el hecho imputado, sino, por lo contrario, hacer cesar una medida manifiestamente ilegítima y restrictiva de la libertad.

4. Conforme a mi interpretación, ni una ni otra condición están presentes en el caso analizado pero me basta, para desestimar el recurso y no decidir por fuera del litigio constitucional planteado por la actora y contestado por el demandado, tornar plausible que la ilegitimidad constitucional que demanda la actora en esta presentación no resulta evidente, ni manifiesta. He allí la limitación intrínseca del recurso interpuesto, dada la acción ejercida. Se pretende que se haga lugar al amparo (actora) o que no se haga lugar al amparo y, para ello, el recurso de inconstitucionalidad resulta doblemente limitado: en principio, por la materia que supone el recurso, que no involucra a la solución del Tribunal de mérito bajo el aspecto de la interpretación de la ley común (infraconstitucional) que rige el caso; en segundo lugar, el petitorio clásico de la acción ejercida, en cuanto refiere a una lesión —sólo constitucional conforme al recurso interpuesto— manifiesta.

a) Es extremadamente dudoso que CASSABA, organización de derecho público no estatal, carezca por completo de poder reglamentario sobre la ley que la rige. En razón de que el Poder Ejecutivo local no representa al ejecutor de esta ley, gran parte de la doctrina ha admitido que la organización de derecho público no estatal posee poderes de reglamentación de la ley cuya ejecución le ha confiado el Parlamento.

b) Por supuesto, este poder de reglamentación, reconocido por gran parte de la doctrina, debe ejercerse en los límites de la ley y sin contradecirla. Sin embargo, resulta también sumamente dudoso que la reglamentación ensayada por CASSABA (art. 5º, resol. 004-4/05) contradiga la ley o exceda aquello que es materia de reglamentación. Tan pronto como se examina ese art. 5º, se advierte que él comienza por repetir el texto de la ley y, posteriormente, somete a contribución tan sólo el resultado del trabajo profesional ejercido ante los tribunales de la Ciudad. De manera similar, el organismo vigente en cualquiera de las provincias somete también el resultado económico de los pleitos relativos a su jurisdicción a ciertas contribuciones que aquí no son discutidas, pero que resultan paradigmáticas. Para el caso, pues, de seguirse la argumentación de la recurrente, los honorarios judiciales o extrajudiciales obtenidos en el territorio y ante los tribunales de la Ciudad de Buenos Aires, no contribuirían a ningún régimen previsional. De tal manera, aun desde este punto de vista, la cuestión es sumamente discutible y no constituye una lesión manifiesta.

Por las mismas consideraciones se explica que sea sumamente dudoso el hecho (puramente fáctico) de que un mismo salario, ganancia u honorario haya sido sometido varias veces —al menos dos— a una contribución.

c) Tampoco puede afirmarse tan fácilmente la superposición de aportes en el sentido de la afiliación a otro régimen previsional puesto que, como ocurre

normalmente, las contribuciones efectuadas ante un organismo pueden ser hechas valer, según determinadas condiciones, frente al organismo que concede el haber previsional. Aun el Estado procede de la misma manera cuando el agente, como es el caso de quien suscribe, no sólo contribuye y contribuyó por su actividad de juez, sino que también contribuyó contemporáneamente por su actividad docente o, incluso, profesional.

d) Menos puede sostenerse algún agravio "manifiesto" relativo al derecho de ejercer un trabajo, una profesión o una industria lícita, o, genéricamente, relativo al derecho de propiedad, todas garantías constitucionales del ciudadano. Nadie le ha impedido a la abogada actora —y ello no es tema de este amparo— ejercer su profesión en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires. No sólo CASSABA no es autoridad competente para reglamentar este aspecto de la cuestión, sino que, además, el título universitario de abogado habilita a ejercer la profesión en cualquier parte del territorio de la república, sujeto ello al cumplimiento de las demás exigencias burocráticas relativas al control de la actividad profesional que, generalmente, cumplen los colegios de abogados o, de otra manera, un tribunal.

e) Igualmente discutible, esto es, no manifiesto ni evidente como lesión constitucional, es el agravio referido al principio de legalidad en materia tributaria. Aun cuando pueda coincidirse en afirmar que las prestaciones previsionales son contribuciones que, en una clasificación extensiva, pueden ingresar a la materia tributaria (impuestos, tasas y contribuciones —un tópico mejor explicado en el voto de mi colega, el señor juez José O. Casás en la causa "Fornasari", voto que reproduce parcialmente la Cámara precisamente en punto a este tema; ver fs. 177 vta.), lo cierto es que el art. 5º de la ley 1181 no implica, necesariamente, que el fruto económico del trabajo de un abogado en el territorio de la Ciudad de Buenos Aires y en los tribunales allí ubicados quede exento de aquellas contribuciones que no están basadas en servicios ni beneficios concretos para el contribuyente, sino, por lo contrario, en aquellas fundadas en los principios de universalidad y solidaridad, esto es, en toda prestación previsional o social, cualquiera que sea el sistema que se adopte. Tampoco resulta correcto afirmar que la amparista no recibirá beneficio alguno por sus aportes previsionales, cualquiera que ellos sean, pues, como ya lo señalamos, esas contribuciones —bajo ciertas condiciones que, precisamente, regula la misma ley—, podrán ser proyectadas al haber jubilatorio final de la accionante. La circunstancia apuntada verifica que estos agravios tampoco pueden tildarse de evidentes o manifiestos desde el punto de vista constitucional.

5. Por las consideraciones que anteceden, mi solución, al igual que la de la Cámara pero parcialmente por otros motivos, consiste en rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la actora y, con ello, el amparo requerido. Las costas se imponen por su orden (art. 14, CCBA).

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

1. El recurso de inconstitucionalidad deducido por Alicia Noemí Santiago se dirige contra una sentencia definitiva emanada del superior tribunal de la causa, pero no puede prosperar.

2. Tal como lo sostuvo la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo CAyT al dictar la sentencia ahora recurrida (fs. 177/178 vta.), una cuestión análoga a la ventilada en el presente proceso ha sido abordada por este Tribunal *in re*: "Fornasari, Norberto Fabio c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido" (expte. nº 4911/06), resolución del 18/4/2007.

3. Pues bien, dado que el *a quo* realizó una remisión a los argumentos desarrollados por este Estrado en el aludido precedente, a fin de proponer un caso constitucional susceptible de habilitar la vía de excepción prevista en el art. 113, inc. 3º, de la CCBA, la parte actora debía formular una crítica concreta y razonada de la posición adoptada por los jueces del Tribunal que integraron la mayoría en aquella oportunidad en torno a las cuestiones constitucionales en debate. Sin embargo, de la lectura del recurso de inconstitucionalidad interpuesto se desprende que los planteos allí vertidos sólo resultan una reiteración de aquellos formulados con anterioridad.

Así entonces, dado que los agravios esgrimidos no se hacen cargo de rebatir los diversos argumentos brindados por el Tribunal en el precedente citado —a los que se remitió lisa y llanamente la Cámara para desestimar la pretensión de la actora—, el remedio intentado debe ser rechazado.

Ya ha sostenido al respecto este Tribunal que para habilitar la instancia recursiva prevista en el art. 27 de la ley 402 no basta con la invocación genérica y esquemática de agravios o sostener un criterio interpretativo distinto del seguido en la sentencia objetada —*in re*: "Sotomayor, Horacio Enrique s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Sotomayor, Horacio Enrique c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 2267/03, sent. del 20/6/2003, y "Cervecería y Maltería Quilmes SAICAyG s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'GCBA c/Cervecería y Maltería Quilmes SAICAyG s/ejecución fiscal'", expte. nº 3137/04, sent. del 22/12/2004, entre muchos otros.

En virtud de las consideraciones expuestas, corresponde rechazar el recurso deducido e imponer las costas en el orden causado en atención a lo dispuesto en el art. 14, CCBA.

Así lo votamos.

El juez Luis F. Lozano agregó:

1. Si bien las razones indicadas *supra* bastan para rechazar el recurso de inconstitucionalidad impetrado, un segmento de la pretensión de autos merece consideraciones adicionales relativas al límite que el concepto de caso o causa constituye para la competencia del Poder Judicial en el marco de nuestra organización institucional (conf. art. 106, CCBA) lo que, en rigor, las ubica lógicamente en un plano anterior de análisis.

2. Como sostuve en un precedente análogo —"Arnus, Daniela Alejandra c/Caja de Seguridad Social para Abogados de la CABA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. 5443/07, sent. del 20/2/2008—, para ser objeto de un pronunciamiento judicial que, por definición, debe poner fin a una controversia de modo definitivo, toda pretensión debe estar referida (en su totalidad) a una o varias relaciones jurídicas concretas, respecto de las que, exclusivamente, operará dicho pronunciamiento, asegurando así que no lo hará sobre una norma general cuya emisión y mantenimiento incumben a otra autoridad —en este caso, la resol. 004-A/05—. En otras palabras, la cosa juzgada, nota distintiva (en el sentido de exclusiva) de la función judicial no puede quedar consagrada más que respecto de relaciones jurídicas concretas. En efecto, una potestad judicial que permitiera a los jueces "decir el derecho" con prescindencia de un grupo definido de relaciones jurídicas concretas resulta a todas luces ajena a la función jurisdiccional y se asemeja a la obtención de una inmunidad o fuero personal —conf. voto Casas, Lozano *in re* "Almeida, Marcelo y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/conflicto de competencia" (expte. nº 4756/06) resolución del 14/7/2006—. Además, proyectaría efectos distorsivos del sistema judicial, por otorgar al pronunciamiento, para evitar males mayores, una autoridad de cosa juzgada mitigada, toda vez que, a diferencia de la regla en la materia, aun cuando la sentencia quedara firme, podría ser modificada por un cambio normativo —el desarrollo *in extenso* de estas consideraciones se encuentra en mi voto *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Asociación Argentina de Agencias de Publicidad c/GCBA s/impugnación de actos administrativos'", expte. 4889/06, sent. del 21/3/2007).

3. Conforme a las pautas expuestas, cabe destacar que existe un segmento de la cuestión que el actor pretende traer a conocimiento de este Estrado, que no es pasible de ser objeto de una sentencia definitiva por parte de los jueces. En efecto, el recurrente señala que "[q]uien está excluido del sistema, tal es mi caso, *no puede ser considerado afiliado a CASSABA,* como pretende la reglamentación referida...", agregando luego que "[e]n este marco, es que mi parte interpone una acción expedita de amparo [...] a los fines de que se declare la inconstitucionalidad de la reglamentación del art. 5º de la ley 1181 y se imponga a CASSABA el deber de no considerarme afiliada" (fs. 183 vta. y 184, con destacado en el original). En realidad, la aspiración de la actora abarca, tal como fue expuesta en el petitorio de la demanda, la pretensión de quedar exceptuada de la obligación tributaria impuesta por el régimen instituido por la ley 1181 o cualquier otro que lo reemplace en el futuro. En tal sentido, solicitó en dicho acápite se imponga a CASSABA la obligación "[...]de no considerarme afiliada con la correspondiente cesación de los efectos que produce la situación actual; y se disponga extender testimonio y/o copias certificadas de la sentencia para que sean presentadas en todos los expedientes en donde actúe la suscripta" (fs. 12 vta./13). En tales condiciones, su pedido implica requerir una suerte de exención o inmunidad respecto de la obligación tributaria que dicho régimen instituye, lo cual no configura una cuestión pasible de ser pues-

ta a consideración de un organismo del Poder Judicial. De hacer lugar al planteo enunciado, la resolución que lo admitiera supondría, como se dijo, el otorgamiento de una suerte de inmunidad frente a créditos eventuales, tornando inaplicable *in eternum,* exclusivamente respecto de la abogada Alicia Noemí Santiago, el sistema previsional vigente en el ámbito de la Ciudad para los letrados que ejercen en esta jurisdicción. Además, un pronunciamiento de tales características no operaría sobre un universo definido de relaciones jurídicas concretas, como requiere el concepto de causa, sino que lo haría sobre una categoría abstracta —contribuciones a la CASSABA en virtud de la interpretación de la ley contenida en el art. 5º de la resol. 004-A/05—, que, eventualmente, podría ser llenada por un sinnúmero de relaciones jurídicas no especificadas en estas actuaciones —eventuales honorarios profesionales que la actora pudiera percibir en el futuro.

Por otra parte, cabe recordar que lo expuesto no se contrapone con lo resuelto por la CSJN, por ejemplo, *in re* "Inchauspe, Pedro Hnos. c/Junta Nacional de Carnes" (*Fallos,* 199:483) pues, si bien en dicho precedente se discutía la constitucionalidad de la afiliación forzosa de los actores a la Corporación Argentina de Productores de Carnes —reemplazada posteriormente por Mercados de Haciendas y Carnes—, ello era instrumental a una pretensión que se agotaba en la repetición de ciertas sumas de dinero —típico ejemplo de un caso o causa.

Finalmente, cabe destacar que mi voto en el mencionado precedente "Fornasari" no mereció los reparos aquí expuestos toda vez que, conforme expuso la doctora Ana María Conde en el punto 2 de su voto (al que adherí), el pedido de declaración de inconstitucionalidad del reglamento en dichos autos podía entenderse limitado a los honorarios devengados con anterioridad o concomitantemente con la tramitación del amparo —circunstancia que sí constituía un caso o causa, por permitir la identificación de relaciones jurídicas concretas.

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el señor Fiscal General Adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. Rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por Alicia Noemí Santiago, con costas por su orden.

2º. Mandar que se registre, se notifique y se devuelvan las actuaciones al tribunal remitente.

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

En similar sentido se resolvió en la causa nº 5534/07 "Biscardi, Mario R. y otros c/CASSABA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", también del 30/4/2008.

LXXVI

"BANCO HIPOTECARIO S.A. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'BANCO HIPOTECARIO S.A. C/GCBA S/OTRAS CAUSAS CON TRÁMITE DIRECTO ANTE LA CÁMARA DE APEL.'"

RECURSO DE QUEJA. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Defensa en juicio. Cuestión federal. Caso constitucional. Derecho común. Ley de Defensa del Consumidor 24.240. CRÉDITO HIPOTECARIO: Bonificación por cancelación anticipada. Crisis económica. Incumplimiento de las condiciones ofrecidas en la publicidad. Caso fortuito. INFRACCIÓN FORMAL: Multa.

SUMARIOS:

1. El agravio referido a la manifiesta ausencia de consideración por la alzada de las circunstancias exculpatorias invocadas, compromete, en principio, la garantía de la defensa en juicio. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier. En sentido concordante ver voto de la señora jueza Ana María Conde).*

2. La mención del carácter "federal" de ciertas leyes no habilita la consideración del recurso de inconstitucionalidad porque la existencia de una "cuestión federal" no es equivalente al "caso constitucional". *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier. En sentido concordante ver voto de la señora jueza Ana María Conde).*

3. Para que la cuestión federal dé lugar al caso constitucional, corresponde que se articule el planteo de afectación de la denominada "cláusula de supremacía" (art. 31, C.N.). *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier. En sentido concordante ver voto de la señora jueza Ana María Conde).*

4. La ley 24.240 no es una ley federal, sino que integra el derecho común, toda vez que resulta complementaria de los preceptos contenidos en los códigos Civil y de Comercio. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier. En sentido concordante ver voto de la señora jueza Ana María Conde).*

5. El principal agravio fundado en la grave situación económica, financiera e institucional que padeció la Nación hacia fines de 2001, que se invocó como eximente de culpabilidad en el incumplimiento de la oferta pública de cancelación anticipada de un crédito, no fue atendido por el tribunal de alzada, por lo que es procedente hacer lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

6. Si bien los jueces no están obligados a tratar todas y cada una de las alegaciones de las partes, ni todos los hechos probados en la causa, también lo es que la ponderación de la pertinencia y relevancia de esos hechos y proposiciones, para la correcta solución de la controversia, corresponde —en principio y por regla genérica— a los jueces de las instancias de mérito, con excepción de los supuestos en que la sentencia se desentiende de considerar cuestiones relevantes para la decisión de la causa. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier. En sentido concordante ver voto de la señora jueza Ana María Conde).*

7. Cabe hacer lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad pues el principal agravio del Banco Hipotecario fundado en que no se tuvo en cuenta la

grave crisis económica desatada en el país a fines de 2001 invocada como causal exculpatoria junto con las normas de emergencia dictadas, fue planteado desde su descargo en sede administrativa y mantenido en el recurso judicial de apelación ante la Cámara. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

8. La autoridad de aplicación de la ley 24.240 obra en ejercicio del poder de policía al que el legislador decidió someter no los contratos y servicios contemplados en ella, sino la ejecución que a dichos contratos da una de sus partes, a la que estima más poderosa que la otra, ello como un control que concurre con las potestades individuales de cada consumidor o usuario individualmente considerado y que, tiende a fortalecer las posibilidades de defensa que a ellos se procura otorgar por ser la parte más débil del vínculo en cuestión. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

9. Si la entidad bancaria pretendía oponer a la contraparte la modificación de determinadas cláusulas del contrato de crédito, con fundamento en una situación de emergencia económica coyuntural ajena al vínculo, debió convertirla en una causal de injerencia directa y general sobre el desarrollo de la obligación crediticia mediante los mecanismos que provee el ordenamiento. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

10. Corresponde rechazar el recurso de queja pues no se ve que la mera referencia a la crisis que azotó al país hacia fines de 2001, configure automáticamente una causal que neutralice el deber cuyo incumplimiento formal constituye la causa de la sanción resistida, no habiendo demostrado la recurrente que su planteo fuera conducente para la solución del pleito. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

11. La calificación del comportamiento del Banco como incumplimiento a un deber formal que bastaría por sí solo para ser pasible de sanción, resta toda entidad a las distintas defensas exculpatorias esgrimidas, solución que más allá de su acierto o error no resulta descalificable como acto jurisdiccional válido. *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás).*

Expte. nº 5527/07 - 30/4/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El señor Roberto Omar del Pozo denunció ante la Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor, dependiente del GCBA, al Banco Hipotecario S.A. (en adelante: BH), por presunta infracción a la ley 24.240 (Ley de Defensa del Consumidor). El denunciante relató que tomó un crédito hipotecario con BH el 10/10/2001, que ofrecía la posibilidad de cancelarlo anticipadamente con una bonificación del 10 %, y el pago de la comisión por precancelación del 3%, más IVA. Agregó que el 17/1/2002 al solicitar al BH el monto para cancelar el crédito, le fue informado que, debido a la situación económica del país, quedaba sin efecto

la aludida cancelación con bonificación. El 23/1/2001 el denunciante, mediante una carta, requirió al BH que, en el plazo de 48 horas, le dieran respuesta y le recibieran el pago para cancelar la deuda, con la bonificación de la circular del 10/10/2001. Ante la falta de respuesta, formuló la denuncia.

2. Sustanciado el sumario (v. descargo a fs. 3/9 vta.), el Director General de Defensa y Protección al Consumidor, mediante disposición 3067-DGDYPC-2003 (fs. 10/13 vta.) consideró al BH incurso en infracción al art. 8º de la LDC. En la resolución él sostuvo que la prueba documental acreditaba que el BH otorgó la posibilidad a los tomadores de sus créditos de acceder a cancelaciones anticipadas con bonificación, con vigencia hasta el 10/3/2002, y que el sumariado reconoció en su descargo que no hizo efectivo el reconocimiento de la cancelación anticipada con bonificación al consumidor, por la crisis económica que atravesaba el país. El funcionario administrativo consideró que el hecho invocado en el descargo carecía de entidad suficiente para exculpar el comportamiento de la entidad bancaria, y que se había incumplido con las condiciones ofrecidas en la publicidad. Tampoco otorgó relevancia al ofrecimiento posterior efectuado por el BH al denunciante (28/8/2002) para cancelar el préstamo con garantía hipotecaria que le fuera otorgado. Aseveró el funcionario que la infracción al art. 8º, ley 24.240, es una infracción formal, por lo que "no interesa la intencionalidad o no de quien la ha cometido, ni tampoco la supuesta adecuación posterior a la normativa vigente, bastando la simple comprobación de la misma para su configuración". La resolución le impuso al BH una multa de $ 5.000 y ordenó la publicación del acto sancionatorio en el diario La Nación.

3. El BH interpuso ante la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario el recurso de apelación previsto en el art. 11 de la ley 757—según su redacción a esa fecha— (fs. 15/18).

El recurrente se agravió porque la decisión no expresó fundamentos para restar entidad al hecho invocado por su parte para requerir ser exculpado (la grave crisis económica financiera intempestiva de inicios de 2002 que llevó al BH a suspender en forma temporaria la bonificación por cancelación que había sido ofrecida). Calificó la situación como un hecho imprevisto, que operó como un caso fortuito. El actor (BH) también reseñó las normas federales dictadas para paliar la emergencia y la grave crisis que enfrentaba el país en esos momentos, reconocida en amplios términos por la ley 25.561. Él agregó que el art. 10 bis de la LDC prevé el caso fortuito o la fuerza mayor, como causal de inimputabilidad (por inculpabilidad) del incumplimiento de la oferta o del contrato. El BH también sostuvo que el deudor no quedó desprotegido porque pudo haber cancelado su crédito, incluso en condiciones más beneficiosas, mediante títulos de la deuda pública nacional, de conformidad con los decs. 1387/01 y 1570/01, comunicación BCRA A-3398, con las modificaciones del dec. 469/02 y comunicación BCRA A-3562/02. Además, el recurrente señaló que ofreció al denunciante nuevas bonificaciones, posteriormente.

El BH se agravió, supletoriamente, por el importe de la sanción impuesta, que consideró elevado, y, al respecto, requirió que sea reducido a un importe no mayor de $ 500.

4. La Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, por mayoría, resolvió: "*1)* Rechazar el recurso de apelación interpuesto y, en consecuencia, confirmar la disposición 3067-DGDYPC/03; *2)* imponer las costas a la vencida (art. 62, primer párrafo del CCAyT)" (fs. 19/23 vta.).

El juez Esteban Centanaro en su voto —al que adhirió el juez Carlos Balbín— consideró la finalidad de la LDC; la jerarquía constitucional de la tutela de usuarios y consumidores (art. 42, C.N., y art. 46, CCBA) y el carácter "predispuesto" (o "de adhesión" de los contratos bancarios). Luego determinó que la cuestión a decidir estaba circunscripta a "elucidar si configura una infracción al art. 8º de la ley 24.240 el hecho de que el contenido de la circular de fecha 10/10/2001 (fs. 3), no se integró en el contrato de mutuo con garantía hipotecaria que previamente celebraron las partes (fs. 26/36)". La opinión recuerda el contenido del art. 8º y considera que "el entorno publicitario dado también integra el 'marco' de ejecución del contrato", de acuerdo con el art. 1198, Cód. Civil, y obliga al oferente. Sostuvo que la circular de fecha 21/10/2001, en la que constaba el ofrecimiento de cancelación anticipada con bonificación, debía tenerse por incluida en el contrato de mutuo hipotecario suscripto entre el BH y el señor del Pozo, y que, por ello, se configuró una infracción al art. 8º de la ley 24.240, "razón por la cual la sanción aplicada resulta ajustada a derecho". En cuanto a los planteos del recurrente referidos a la posición del tomador del crédito (posibilidad de cancelarlo mediante títulos de la deuda pública nacional) y a las nuevas bonificaciones ofrecidas, el voto mayoritario consideró que "a fin de aplicar las sanciones determinadas en el art. 47 de la ley 24.240 se requiere tan sólo el incumplimiento de una obligación formal (...) No es relevante que el consumidor hubiera podido saldar su deuda en forma más beneficiosa con los bonos de la deuda pública o que la entidad bancaria le hubiera ofrecido, luego, una bonificación, puesto que, para el caso, la infracción al art. 8º de la Ley de Defensa del Consumidor ya estaba configurada". Por último, el voto mayoritario desarrolló los fundamentos por los que rechazó el agravio referido al importe de la multa.

En su disidencia, el juez Horacio Corti, sostuvo que "la recurrente afirma que se debió otorgar entidad exculpatoria a la situación de grave crisis económica financiera intempestiva que afectó al país", admitiendo el agravio sobre la base de los fundamentos que expresó en su voto. Concluyó que "Un análisis global —que contemple todas la variables en juego y no sea el resultado de un análisis parcializado que desconoce la crisis económica del momento— hace ostensible que asiste razón a la recurrente. En razón de lo expuesto, disiento con mis colegas preopinantes, y considero que debe revocarse la disposición 3067-DGDyPC/03".

5. Frente a esta decisión, BH interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 25/29 vta.). El recurso fue contestado por la Procuración General, quien se opuso a su admisibilidad y procedencia (fs. 57/63 vta.).

La Cámara denegó la concesión del recurso: por no plantear el recurrente, con los fundamentos, la claridad y la precisión debidos, un caso constitucional que justifique la competencia del Tribunal Superior de Justicia; y por carencia de los

requisitos que autorizan la concesión del recurso por "arbitrariedad" de la sentencia (fs. 30 y vta.).

6. Contra este rechazo, la actora acude en queja ante el Tribunal (fs. 41/48). El señor Fiscal General propicia en su dictamen que el Tribunal rechace la queja: ella 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" (fs. 67/71).

FUNDAMENTOS:

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

I.

1. El recurso de queja fue planteado en tiempo oportuno y forma adecuada, contiene la crítica del auto denegatorio dictado por la alzada y efectúa planteos de naturaleza constitucional vinculados con la afectación del derecho de defensa de su parte. Afirma que no se ha considerado en el voto de la mayoría el planteo exculpatorio que BH efectuara tanto en su descargo en la instancia administrativa, como en el recurso judicial ante la Cámara. Sostiene, también, que se ha debatido el alcance de los arts. 42, C.N. y 46, CCBA, y la decisión ha sido adversa a su pretensión. Agrega que se ha controvertido "la inteligencia de cláusulas de una Ley Federal como es la ley 24.240; como así también la inteligencia de otras leyes federales y de orden público, como lo son la ley 25.561, 25.563, 25.589 y todos los decretos, [y] resoluciones dictados en su consecuencia, siendo la decisión contraria a la validez del título o derecho de mi parte fundado en ellos".

2. El planteo referido a la manifiesta ausencia de consideración por la alzada de la circunstancias exculpatorias invocadas, compromete, en principio, la garantía de la defensa en juicio y permite que, a ese respecto la queja sea admitida y el recurso de inconstitucionalidad, considerado.

3. Las referencias a los preceptos constitucionales (nacional y local) relacionados con la protección al consumidor carecen del desarrollo autónomo y suficiente necesario para permitir que se considere adecuadamente planteado un caso constitucional vinculado con tales disposiciones. Por lo demás, cabe recordar que la entidad bancaria no es, precisamente, la portadora de los derechos y garantías que esas normas estatuyen.

La queja, entonces, triunfa sólo en aquel aspecto parcial de los agravios de la recurrente.

4. Tampoco la mención del carácter "federal" de ciertas leyes habilita la consideración del recurso de inconstitucionalidad por varias razones:

a) porque la existencia de una "cuestión federal" no es equivalente al "caso constitucional". Para que aquella dé lugar a éste, corresponde que el recurrente articule el planteo de afectación de la denominada "cláusula de supremacía" (art. 31, C.N.), algo que no ha ocurrido en autos.

b) porque la ley 24.240, a diferencia de lo postulado por el recurrente, no es una ley federal, sino que "integra el derecho común, toda vez que resulta complementaria de los preceptos contenidos en los códigos Civil y de Comercio", tal como lo ha sostenido la CSJN (*Fallos,* 324:4349).

c) porque las restantes leyes mencionadas y calificadas de "federales" por el recurrente no han merecido, en el recurso, desarrollo alguno que indique, con relativa precisión, tal calificativo y qué disposiciones de esas leyes han sido malinterpretadas, contrariadas o aplicadas de manera incorrecta por la sentencia recurrida.

4. Con el alcance parcial, que surge de los puntos precedentes, consideraré el recurso de inconstitucionalidad de la actora.

II.

5. Desde su descargo en sede administrativa, el BH invocó la grave situación económico, financiera e institucional que embargó a la Nación entera a partir de fines del año 2001, con consecuencias similares para las entidades financieras, para intentar eximir su culpabilidad en el incumplimiento —que siempre reconoció como existente— de la oferta de cancelación anticipada mencionada en la publicidad del crédito que el denunciante, señor Del Pozo, tomó del Banco. Es por ello que trató de defenderse mediante la justificación apuntada y la mención de disposiciones dictadas por el Congreso, por el Poder Ejecutivo nacional y por el Banco Central de la República Argentina. Es así que vinculó la suspensión transitoria de la posibilidad de cancelar anticipadamente los créditos con el instituto del "caso fortuito" y expresó las restantes posibilidades que se otorgaron al denunciante para cancelar el préstamo que requiriera. El planteo no fue atendido por la Administración y constituyó el principal agravio que el BH expuso al requerir el control judicial del acto. Las decisiones en mayoría de la sentencia de la Sala I reseñan correctamente el agravio, pero el argumento que funda esos votos denota claramente que en la decisión no jugó papel alguno el argumento de la necesidad o del caso fortuito, pues el voto se desentiende de esa cuestión, de la misma forma en que lo hizo la Administración. Señalar el carácter "formal" de la infracción, esto es, el hecho de que ella no esté referida concretamente al perjuicio verificado de alguien, sino, tan sólo al riesgo que engendra el comportamiento en sí mismo, no implica la ausencia de una justificación plausible de la conducta, más allá de la cuestión probatoria acerca de si los hechos esgrimidos existieron y de si ellos significan justificar la infracción, cuestión que, salvo el voto del camarista disidente, todavía resta resolver por la sentencia en crisis. Como dije, sólo el voto disidente acordó relevancia al planteo defensivo, a tal punto que lo consideró procedente, y se expidió por revocar la sanción impuesta. Esta es, precisamente la cuestión que queda pendiente —en verdad, única cuestión planteada por el impugnante, pues, según dijimos, todos, jueces y partes, han afirmado la infracción por manifiesta—, cuestión que deberá resolver una ulterior sentencia del tribunal de mérito, integrado por otros jueces extraños a la sentencia que aquí se debe casar. Como se observa, el caso constitucional fundado en esa omisión ha sido bien armado por el recurrente en el recurso interpuesto.

Puede decirse, sin temor al error, que de la lectura del mismo fallo —y hasta diría, del mismo voto de mayoría— se extrae la evidencia de que no existe en la sentencia una mayoría para decidir la admisión o el rechazo de la defensa invocada por el actor —como, en cambio, sí existe unanimidad para afirmar la infracción denunciada—, pues los dos jueces que votan en mayoría no consideraron esa defensa que, según se observa, puede o no puede tener razón, según la valoración de cuestiones de hecho y de derecho, pero es pertinente al caso. Sintéticamente, la sentencia no resolvió el planteo; el voto de mayoría sólo se ocupa de definir la infracción como tal, conforme al tipo de la prohibición que menciona, y, en su virtud, de condenar —resultado en el que ambos jueces están de acuerdo y razón de la que se desprende, tan sólo elípticamente, que no acogieron la justificación del comportamiento del recurrente—, pero omite tratar expresamente una cuestión pertinente —y planteada por quien se defiende— para decidir la sanción. Es todavía posible que esos jueces tengan razón en excluir la justificación, conforme al examen de los hechos y el derecho vigente, pero también es necesario que expongan esa razón por escrito, sin omitirla, en la sentencia. No se trata aquí del juicio de jurados.

Es correcto afirmar que los jueces no están obligados a tratar todas y cada una de las alegaciones de las partes, ni todos los hechos probados en la causa (*Fallos,* 310:1835, 2012). También es correcto afirmar que la ponderación de la pertinencia y relevancia de esos hechos y proposiciones, para la correcta solución de la controversia, corresponde —en principio y por regla genérica— a los jueces de las instancias de mérito. Sin embargo, esa regla merece ser vencida por la excepción cuando la sentencia se desentiende de considerar cuestiones relevantes para la decisión de la causa, como ha ocurrido en el caso. Cualquiera que sea la eficacia que corresponda reconocer al planteo exculpatorio, el voto mayoritario no ha expresado las razones por las que no le ha reconocido virtualidad jurídica alguna. La decisión no toma en consideración los argumentos brindados como excusa; tampoco tiene en cuenta el momento en el que se produjo la infracción, que dio lugar a la denuncia e, incluso, fue prácticamente confesada por el infractor, y su contexto real, ni el conjunto normativo vigente en ese momento o con posterioridad con o sin influencia en el caso.

6. Otra vez quiero dejar en claro que esta opinión no implica reconocer la procedencia sustancial del argumento que expusiera el BH (la eficacia exculpatoria de la crisis). Mas me parece indiscutible que la decisión que admita o rechace su demanda y su recurso debe ponderar debidamente su principal agravio contra el acto administrativo sancionador. La causa, entonces, debe ser devuelta a la Cámara para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento que trate las cuestiones de hecho y derecho común —ajenas por regla a la consideración de este Tribunal— involucradas en la decisión de la controversia, sobre las que no se ha expedido el pronunciamiento que ahora se revoca.

Por las razones expuestas en los puntos anteriores propongo dictar sentencia con el siguiente dispositivo: *a)* hacer lugar parcialmente a los recursos de queja y de inconstitucionalidad planteados por BH, *b)* revocar la sentencia dictada en los

autos principales por la Sala I de la Cámara de Apelaciones y disponer el reenvío del proceso a la Cámara en lo CAyT para que, por intermedio de los jueces que correspondan, distintos de aquellos que dictaron la sentencia revocada, decida nuevamente el recurso directo planteado por el actor; *c)* imponer las costas del recurso de inconstitucionalidad a la parte vencida y devolverle al recurrente el depósito efectuado para posibilitar el recurso.

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:

Recurso de queja

El recurso de queja de fs. 41/48 es admisible. Fue interpuesto por la actora en tiempo y forma y contiene una crítica suficiente del auto denegatorio (fs. 30 y vta.).

La Sala I no concedió el recurso de inconstitucionalidad por considerar que no se había planteado adecuadamente un caso constitucional y que no se estaba frente a una sentencia arbitraria.

En el marco de la resolución de fs. 30 y vta., la quejosa sólo pudo intentar una crítica aceptable de esa decisión volviendo, como lo hace, a los argumentos del recurso de inconstitucionalidad. Dicho en otros términos, en tanto el *a quo* se interna en el campo de la fundabilidad del recurso de inconstitucionalidad excediendo el control de admisibilidad formal, la queja tal como ha sido planteada es procedente y corresponde tratar los agravios ensayados a fs. 25/29 vta.

Recurso de inconstitucionalidad

1. Banco Hipotecario S.A. (en adelante, "BH") sostiene, por un lado, que existe cuestión constitucional dado que en la causa se ha controvertido la interpretación o aplicación de normas contenidas en la CCBA y en la C.N. (los arts. 46 y 42 respectivamente). Por otro, afirma que el fallo de Cámara es arbitrario. A continuación trataré la primera de estas cuestiones (punto 2) y luego me referiré a la segunda (punto 3).

2. La accionante invoca la violación de los arts. 42, C.N. y 46, CCBA pero no explica de qué modo la sentencia recurrida vulneró en el caso concreto tales preceptos. Coincido con el señor juez de trámite en que los escasos señalamientos de BH vinculados con las mencionadas cláusulas constitucionales no son suficientes para fundar adecuadamente el recurso en examen.

3. La impugnante ataca la sentencia por arbitraria. Argumenta que el fallo: *i)* afectó las garantías constitucionales de defensa en juicio, derecho de propiedad y debido proceso legal, *ii)* se basó en afirmaciones dogmáticas, *iii)* omitió considerar y resolver cuestiones planteadas, y *iv)* prescindió del texto legal sin dar razones plausibles para ello. BH destaca (fs. 26 vta.) que "[p]ese a que en el resumen de las actuaciones que se realiza en el voto del doctor Centanaro al que adhiere el

doctor Balbín, se hace referencia a que mi mandante impetro *(sic)* como causal exculpatoria la situación de grave crisis económico-financiera que afectó al país a partir de fines del año 2001, luego ello no es considerado ni analizado en momento alguno a lo largo de la sentencia".

Tal como lo indica el juez Julio B. J. Maier en su voto, en este punto asiste razón a la recurrente en cuanto a la afectación de su derecho de defensa.

El principal agravio de BH fue planteado desde su descargo en sede administrativa y mantenido en el recurso judicial de apelación ante la Cámara, y consiste en que, a su juicio, la disposición 3067-DGDYPC/03 no tuvo en cuenta la grave crisis económica desatada en el país a fines de 2001 invocada como causal exculpatoria junto con las normas de emergencia dictadas en el contexto descripto.

La sentencia de la Sala I no podía, entonces, dejar de examinar la incidencia de la crisis y de las normas de emergencia citadas por la recurrente en el conflicto de autos. Ello, sin perjuicio de la conclusión a la que pudiera arribar al efectuar dicho análisis. Sin embargo, en el fallo recurrido sólo aparece una mención tangencial a estas cuestiones en el primer párrafo del apart. VIII del voto del juez Centanaro al que adhiere el juez Balbín.

Por lo señalado, concuerdo con el señor juez de trámite en que debe dictarse un nuevo fallo que considere lo que fuera el principal planteo defensivo de la recurrente.

4. En virtud de lo expuesto, voto por: *a)* admitir la queja y reintegrar a la actora el depósito efectuado, *b)* hacer lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad de fs. 25/29 vta., *c)* revocar el pronunciamiento de fs. 19/23 vta. y remitir las actuaciones a la Cámara para que, por intermedio de jueces distintos de aquellos que dictaron la sentencia revocada, emita una nueva sentencia, y *d)* imponer las costas del recurso de inconstitucionalidad a la parte vencida.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. En la queja articulada a fs. 41/48, Banco Hipotecario S.A. se agravia por cuanto según explica, la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad decidida por el *a quo* frustraría la revisión de un pronunciamiento del que afirma, por un lado, que menoscabó de modo directo su derecho de defensa y, por otro, que desconoció los derechos que la recurrente había fundado en "cláusulas de una ley federal como es la ley 24.240 (...) [y] de (...) otras leyes federales y de orden público, como lo son la ley 25.561, 25.563, 25.589 y todos los decretos [y] resoluciones dictados en su consecuencia". Frente a ello, sostiene que "es incuestionable que existe en autos cuestión constitucional" (fs. 26).

Prosigue afirmando que la sentencia de fs. 19/23 no consideró el planteo exculpatorio que había esgrimido contra la validez de la sanción impuesta por la disposición 3067-DGYPC/03 con base en la grave crisis económico-financiera que afectó al país a partir de fines del año 2001, acontecimiento que la eximiría de sufrir las consecuencias del incumplimiento de la oferta de cancelación anticipada del crédito que el denunciante, señor Pozo, tomó con el Banco.

2. La quejosa sostiene que el *a quo,* al fundar la solución del pleito exclusivamente "en el hecho de haberse configurado una infracción al deber previsto en el art. 8º de la ley 24.240, la cual es de carácter formal", omitió "considerar y resolver sobre cuestiones oportunamente propuestas" (v. gr. causal de justificación por la emergencia) (fs. 45). Sin embargo, en ninguna de sus presentaciones identifica cuáles de los preceptos del bloque normativo que invoca tuvieron por objeto alterar las condiciones de la relación jurídica, cuyo incumplimiento generó la multa cuestionada, o cuál fue el curso de acción que adoptó para poder, con apoyo en la emergencia a la que alude, eximirse de las consecuencias que acarrea la infracción que se le imputa. En otras palabras, cualquiera fuera el eventual impacto de la crisis en el contrato, ese impacto no se dice reconocido por acto legislativo o judicial, ni objeto de planteo que pudiere desembocar en un pronunciamiento de esta última especie.

3. Ese déficit tiene especial importancia por las características que rodean el ejercicio de la función que culminó con la sanción impugnada.

En primer término, la autoridad de aplicación de la ley 24.240 obra en ejercicio del poder de policía al que el legislador decidió someter no los contratos y servicios contemplados en la norma aludida sino la ejecución que a dichos contratos da una de sus partes, a la que estima más poderosa que la otra. Ello, como un control que concurre con las potestades individuales de cada consumidor o usuario individualmente considerado y que, claramente, tiende a fortalecer las posibilidades de defensa que a ellos se procura otorgar por ser la parte más débil del vínculo en cuestión.

Dentro del esquema señalado, el Estado no forma parte de la relación contractual por lo que las modificaciones que pudieran afectar las estipulaciones contractuales deben gestarse por los mecanismos que la ley prevé y con la participación de la contraparte. Sin embargo, un supuesto tal resulta ajeno a estas actuaciones, en tanto los agravios de la recurrente proclama una injerencia, directa y general, de las normas de emergencia sobre el desarrollo de la obligación crediticia que originó la multa cuestionada.

De ello se sigue que si la entidad sancionada pretendió obtener, a partir de la emergencia coyuntural (o general) invocada, alteraciones de determinadas cláusulas contractuales, o todo el contrato que la unió con el denunciante, debió convertir la situación, mediante los mecanismos que provee el ordenamiento, en una oponible a la contraparte; y el modo en que aparece invocando la emergencia en este pleito no lo es.

4. En tal contexto, no se ve que la mera referencia a la crisis que azotó al país en el período en cuestión, configure automáticamente una causal que neutralice el deber cuyo incumplimiento formal constituye la causa de la sanción resistida. La recurrente no logra, entonces, demostrar que su planteo fuera conducente para la solución del pleito. La omisión denunciada en el recurso, no configura un supuesto de arbitrariedad sino que es consecuencia del propio obrar de la accionante. En tales condiciones, resulta aplicable la regla según la cual los jueces no están obligados

a seguir a las partes en todas y cada una de sus alegaciones, sino a expedirse en relación con las que sean conducentes para resolver la controversia. A este respecto, las objeciones de la recurrente no demuestran que el carácter formal de la sanción impuesta no permita fundar la solución a la que arribó el pronunciamiento impugnado.

Por su parte, si con el argumento según el cual el denunciante habría podido cancelar el crédito con títulos de la Deuda Pública Nacional "de conformidad con el dec. 1387/01, 1570/01, comunicación BCRA A-3398" y sus modificatorias (fs. 46 vta.), la recurrente pretendió acreditar la sustitución normativa de la obligación que originó la sanción controvertida, así debió proponer y desarrollar el punto, para permitir un adecuado ejercicio del derecho de defensa de la contraparte en estos autos y, a su vez, poner al juez en la situación de expedirse al respecto.

Todo lo dicho, priva a la garantía constitucional invocada (art. 18, C.N.) de relación directa con el pronunciamiento impugnado.

5. Finalmente, la sentencia del *a quo* que rechazó la apelación de la recurrente contra la multa impuesta por la autoridad de aplicación de la ley 24.240, encuentra apoyo en normas de derecho común (ver punto 4, apart. b], del voto del juez Maier y su cita) así como en cuestiones de hecho y prueba, que le brindan fundamento suficiente e independiente de las normas federales mencionadas por la recurrente, cuya interpretación y aplicación no compromete el pronunciamiento impugnado.

En consecuencia, voto por rechazar la queja articulada a fs. 41/48.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Los agravios que la recurrente pretende sostener ante este estrado por intermedio de su queja, en mi opinión, no resultan atendibles.

2. En primer lugar, tal como lo resaltan mis colegas en sus votos respectivos, no se ha logrado demostrar que la cuestión relativa a la interpretación y aplicación de los arts. 42, C.N. y 46, CCBA guarde relación directa con lo decidido por la Cámara en el caso.

3. Los restantes agravios planteados en la queja se refieren a: *a)* la incorrecta aplicación al caso de la ley 24.240; *b)* la omisión de tratamiento de una pretendida causal exculpatoria del incumplimiento del Banco debidamente acreditado en autos; y *c)* la crítica acerca del monto de la multa aplicada por la autoridad administrativa.

En mi concepto, las defensas enunciadas se dirigen a controvertir aspectos de la sentencia objetada que resultan ajenos al ámbito propio de la vía recursiva intentada (conf. art. 27, ley 402), en tanto se relacionan con la interpretación de normas infraconstitucionales, hechos y pruebas. Por lo demás, sobre estas cuestiones la sentencia no puede ser calificada como arbitraria, pues, más allá de su acierto o error, la decisión posee un respaldo argumentativo que estimo razonado y fundado.

4. Una consideración especial merece el agravio vinculado a la supuesta omisión de tratamiento por parte de la Cámara de la apuntada causal exculpatoria

fundada por el Banco Hipotecario S.A. en la incidencia de la emergencia económica.

Al respecto, debo señalar que para desestimar este planteo tengo presente que los jueces no se encuentran obligados a tratar todos y cada uno de los argumentos propuestos por las partes, en tanto no los consideren conducentes para resolver el caso sometido a su conocimiento (*Fallos,* 301:602; 302:1191; 310:1835, 2012; entre muchos otros). Por otro lado, reparo en que la Cámara, luego de corroborar la efectiva comisión de la conducta denunciada, calificó de manera expresa el comportamiento del Banco como un incumplimiento a un deber formal que bastaría por sí solo para ser pasible de sanción, con lo cual vino a restar toda entidad —si se quiere de manera muy genérica— a las distintas defensas exculpatorias esgrimidas por la interesada, solución que más allá de su acierto o error no resulta descalificable como acto jurisdiccional válido; más aun cuando la recurrente no ha explicado de qué manera la crisis económica y financiera iniciada a fines de 2001 habría impactado en forma diferenciada en un fuerte e histórico Banco de nuestra plaza respecto de un deudor individual que debía afrontar la amortización de su deuda hipotecaria.

Lo expresado en el párrafo precedente también tiene que ser conjugado, como certeramente lo consigna el señor Fiscal General, en consonancia con el hecho de que la actuación de la Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor "atiende a la situación de desequilibrio que involucra cualquier tipo de contrato de adhesión entre el usuario de servicios bancarios y la entidad correspondiente, atendiendo a la función que le es propia de otorgar mayor protección a quienes ocupan los lugares inferiores en la relación de consumo y uso", a lo que cabe agregar que "en los contratos bancarios el usuario del servicio se encuentra en una situación de desigualdad estructural en relación con la entidad" (del dictamen del señor representante del Ministerio Público Fiscal, fs. 70).

En virtud de las consideraciones expuestas, de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal General (fs. 67/71), corresponde rechazar la queja deducida y dar por perdido el depósito de ley.

Así lo voto.

Por ello, emitido el dictamen del Fiscal General, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Hacer lugar* parcialmente a la queja y al recurso de inconstitucionalidad planteados por Banco Hipotecario S.A., *revocar* la sentencia recurrida y *remitir* los autos a la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario para que, por intermedio de jueces distintos de los que dictaron la decisión aquí revocada, dicte un nuevo pronunciamiento.

2º. *Reintegrar* el depósito de fs. 64.

3º. *Imponer* las costas a la vencida.

4º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita.

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

LXXVII

"BANFI, ENRIQUE ROBERTO Y OTROS C/GCBA S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD"

ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD: Medida cautelar. Vista al Fiscal.

SUMARIOS:

1. En principio, el dictado de medidas cautelares no resulta compatible con la acción declarativa de inconstitucionalidad prevista en el art. 113, inc. 2º, de la CCBA, pues la sentencia, en caso de resultar favorable a la parte actora, se limita a la declaración de invalidez de las normas cuestionada. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces José O. Casás, Alicia E. C. Ruiz, Julio B. J. Maier y Ana María Conde).*

2. La reglamentación legal de la acción declarativa de inconstitucionalidad no permite al Tribunal, al pronunciar la sentencia definitiva, invalidar los procedimientos realizados al amparo de las disposiciones cuya pérdida de vigencia se pretende. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces José O. Casás, Alicia E. C. Ruiz, Julio B. J. Maier y Ana María Conde).*

3. El acogimiento de una medida cautelar en el marco de una acción declarativa de inconstitucionalidad concedería una tutela que la propia sentencia de fondo no podría hacer, por las especiales características de la acción. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces José O. Casás, Alicia E. C. Ruiz, Julio B. J. Maier y Ana María Conde).*

4. Corresponde correr vista al Fiscal General para que se expida en relación con la admisibilidad formal de la acción declarativa de inconstitucionalidad. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces José O. Casás y Ana María Conde).*

5. En ejercicio de sus facultades instructorias el juez de trámite en la acción de inconstitucionalidad puede otorgar una vista previa al Fiscal para que dictamine sobre su admisibilidad formal. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

6. En la acción declarativa de inconstitucionalidad no es obligatorio según la ley, conceder una vista previa al Fiscal para que se expida sobre su admisibilidad formal. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

Expte. nº 5869/08 - 2/5/2008

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. Los señores Enrique Roberto Banfi; Norma M. Bubello; Rubén Alberto Schrott; Claudia María Ballestrín; Ana Lía Echaide; Beatriz J. Raúl; Isabel Aurora Healey; Carlos Alberto Basile; Isabel Adelina Baethgen; Alejandra Irma Basile; Noemí Soria; Jorge Luis Pía; Estela María Petrozzino; María Alejandra Perotti; Osvaldo Omar Gerez; María Estela Buiatti; Oscar Emilio Perotti; Adriana Leonor Martínez; Yanina Constanza Perotti; Victoria Georgina Perotti; Mauro Hernán Zabek; Viviana Bonin; José Marsullo; María Angélica Napoleón; Liliana H. Grosso; Alicia Fukelman; Ana Foos; Elba M. Argerich; Dorotea von Schwanebach; Alicia Carmen Acosta; Emöke Kolosváry-Kiss; Norma Beatriz Solá; Bruno Máscaro; Carmen Delfina Velásquez; Graciela Del Patto; María Graciela Arellano; Claudia Patricia Suárez; Claudia Elizabeth Coronel; Silvia Noemí Pozzo; Marcela Chora; Marta Esther Amar; Mariano Rzepka; Miguel Landivar y Silvia Ripari, plantean a fs. 80/84 vta. la inconstitucionalidad y "nulidad" del art. 4º de la ley 2606 —en los términos de los arts. 113, inc. 2º, CCBA y 17 y concs. de la ley 402— en "cuanto acepta la donación de una arcada efectuada por la 'Asociación Unificación Pacífica China en Argentina' y su emplazamiento en la calle Arribeños, entre Juramento y Mendoza"; por incumplir el procedimiento de doble lectura establecido por los arts. 89 y 90, CCBA.

2. Los actores también solicitan que se dicte una medida cautelar con el objeto de impedir el emplazamiento de la arcada no sólo en la calle determinada por el artículo objetado "sino también en relación con todo el perímetro que abarca el Barrio Nuevo Belgrano" (punto V, fs. 83).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Reiteradamente el Tribunal ha expresado que —en principio— el dictado de medidas cautelares no resulta compatible con el instituto previsto en el art. 113, inc. 2º, de la CCBA.

Ha dicho al respecto que la sentencia en una acción declarativa de inconstitucionalidad como la que se impetra en el *sub examine*, en caso de resultar favorable a la parte actora, se limita a la declaración de invalidez de las normas cuestionadas (doctrina del Tribunal, en los autos "Massalín Particulares S.A. c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad" en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, t. I, 1999, p. 119 y ss., entre muchos otros). La reglamentación legal de la acción no permite al Tribunal invalidar, al pronunciar la sentencia definitiva, los

procedimientos realizados al amparo de las disposiciones cuya pérdida de vigencia se pretende. Por lo demás, en asuntos como el de autos en que se cuestionan normas contenidas en una ley, la pérdida de vigencia definitiva de ellas, aun en el caso de que el Tribunal considere acertado el pedido de la actora y le conceda razón, está sujeta a la condición suspensiva que menciona el art. 24, párrs. II y III, de la ley 402.

En resumen, el acogimiento de una medida cautelar estaría concediendo una tutela que la propia sentencia de fondo no podría conceder, por las especiales características de la acción declarativa de inconstitucionalidad (doctrina del Tribunal, en los autos "Doy, Miguel c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 52/99, resol. del 16/6/99, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, t. I, pp. 134 y ss.; "Salgado, Graciela Beatriz c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 826/01, resol. del 22/2/2001, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, t. III, pp. 27 y ss.; "Villegas, Héctor c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 1.276/01, resolución del 28/11/2001, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, t. III, pp. 738 y ss.; "Unión Transitoria de Agentes S.A. y otros c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 1268/01, resolución del 28/11/2001, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, t. III, pp. 734 y ss.; "Colegio de Procuradores de la Ciudad de Buenos Aires c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 3032/04, resolución del 21/4/2004; "Picasso, Mario Luis Juan c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad, expte. nº 4681/06, resolución del 26/4/2006; "Brusca, Vicente c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 5466, resolución del 18/9/2007, entre muchos otros). Las particularidades propias de estos procesos impiden trasladar, sin más, los principios generales respecto de las medidas cautelares propios de los juicios contenciosos (doctrina del Tribunal en "Valdés, Eduardo Félix c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 1542/02, resolución del 12/6/2002, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, t. IV, p. 206 y ss.).

Por estas razones la medida cautelar requerida por los actores no es admisible.

2. De acuerdo al criterio que expuse al votar en los exptes. nº 5541/07 "Ministerio Público —Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", resolución del 27/12/20007, y expte. nº 5520/07 "Corporación de Rematadores y Corredores Inmobiliarios – Mutual c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", resolución del 27/12/2007, entre otros, corresponde correr vista al Fiscal General por el plazo de cinco (5) días, para que se expida en relación con la admisibilidad formal de la acción planteada en autos.

El juez José O. Casás dijo:

La medida cautelar solicitada no resulta admisible, por las razones que expresa en su voto el señor juez de trámite, doctor Luis F. Lozano, a las que me remito en homenaje a la brevedad.

Acompaño también la decisión de correr una vista al señor Fiscal General con el alcance propiciado en el punto 2 del voto al que adhiero, por remisión a mis respectivos votos en los precedentes del Tribunal allí señalados.

Así lo voto.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. Respecto de la medida cautelar impetrada por la parte actora en su escrito de demanda, me adhiero a la opinión y fundamentos del señor juez de trámite, expresados en el punto 1 de su voto.

2. Asimismo, disiento con el criterio que propicia el juez Lozano —otorgar una vista al Fiscal General para que se expida sobre la admisiblidad de la acción declarativa de inconstitucionalidad planteada en autos—, por las mismas razones que expuse al fundar mi discrepancia con esa medida en los expedientes que mi colega cita en el punto 2 de su voto, por lo que entiendo que el Tribunal debe decidir sin más trámite respecto de la admisibilidad o inadmisibilidad de la acción interpuesta.

Por lo expuesto, voto por rechazar la medida cautelar solicitada por la actora y por no remitir estas actuaciones al señor Fiscal General.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

Adhiero al voto del señor juez de trámite, mi colega Luis F. Lozano, con la aclaración que emerge de mi opinión acerca del momento en que debe correrse la vista al señor Fiscal General en las acciones declarativas de inconstitucionalidad a fin de que tome intervención en el procedimiento. Como es sabido, yo estimo que: *a)* la ley es clara en cuanto a la necesaria intervención del Fiscal General una vez declarada admisible la acción intentada, y corridos y contestados los traslados pertinentes (ley 402, art. 21, párr. 4º); y *b)* las facultades instructorias del señor juez de trámite comprenden la de decidir una vista previa en caso de considerarlo necesario. Sin embargo, esta vista previa no es obligatoria según la ley y, por lo tanto, constituye tan sólo una facultad —de ejercicio eventual, como toda potestad— que asiste al juez de trámite (ver mi voto en "Ministerio Público —Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 5541/07, resolución del 27/12/2007).

La jueza Ana María Conde dijo:

Me adhiero al voto del juez de trámite, doctor Luis F. Lozano.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *No hacer* lugar a la medida cautelar solicitada por los actores.

2º. *Correr* vista al Fiscal General por el plazo de cinco (5) días, para que se expida en relación con la admisibilidad formal de la acción planteada en autos.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y se cumpla.

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

LXXVIII

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

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Sentencia definitiva. Habilitación de la instancia judicial. Multa tributaria. Revisión judicial del acto administrativo sancionatorio. Denuncia de ilegitimidad. Cosa juzgada administrativa. Acceso a la justicia. Derecho de defensa en juicio. Declaración de inconstitucionalidad de oficio. Plazos perentorios. Abandono del derecho. Seguridad jurídica. Arbitrariedad de sentencia.

SUMARIOS:

1. Debe rechazarse el recurso de queja pues la resolución recurrida no es la que pone fin al pleito ni impide su continuación, sino que ordena tramitar el litigio, esto es, desarrollar el procedimiento hasta la sentencia final. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

2. Es requisito necesario de la queja que ella contenga una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

3. La afirmación de que la sentencia de Cámara ocasiona gravedad institucional y es arbitraria porque vulnera atribuciones de la Legislatura de la Ciudad para legislar en materia fiscal, no salva la ausencia de una crítica concreta y suficiente del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

4. Si bien no pone fin al pleito ni impide su continuación, la resolución que desconoce de modo irreparable la estabilidad que el Gobierno atribuye al acto de imposición de la multa es equiparable a una sentencia definitiva. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

5. La denuncia de ilegitimidad prevista dentro del régimen de la LPA (art. 94) tiene por objeto canalizar la posibilidad que siempre asiste a la Administración, en uso de sus facultades típicas, de ejercer el control de oficio sobre sus actos. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

6. Los diferentes tipos de funciones jurisdiccional y administrativa ejercidas por el Poder Ejecutivo impone una interpretación y un régimen legal que se ajuste

a las características de cada una de ellas. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

7. La asimilación legislativa de las determinaciones de oficio a una función jurisdiccional no implica otorgarle a esos actos la estabilidad de la cosa juzgada judicial, pero sí demuestra que sea cual fuere la naturaleza de estas funciones, ellas se encuentran reguladas de un modo especial que se asemeja, en algunos puntos, como el sistema recursivo, al de las funciones jurisdiccionales. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

8. Los recursos emanados en ejercicio de la función administrativa pueden ser reglados en un decreto sin rango legal mientras que aquellas funciones jurisdiccionales llevadas a cabo por la Administración, así como su sistema recursivo, deben ser estipulados por una norma con jerarquía de ley. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

9. Los sistemas de la LPA y del C.F. (t.o. 2003) deben regirse de acuerdo con sus propias normas y de acuerdo a la función que el Poder Ejecutivo ejerce en cada caso. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

10. Transcurrido el plazo legal previsto para impugnar la decisión adoptada en el acto cuestionado, él ha pasado en autoridad de cosa juzgada judicial y goza de la misma estabilidad que un acto emitido por un órgano judicial. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

11. Precluida la posibilidad de recurrirlo, el acto materialmente jurisdiccional se torna, como regla general, inmutable para cualquiera de los actores del sistema, pues ni siquiera el propio órgano emisor se encuentra facultado para modificarlo. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

12. La imposición de un multa con exclusivo carácter retributivo es una típica función jurisdiccional, sin importar que sea ejercida por la Administración, o por el Poder Judicial, a quien en principio competería. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

13. La resolución recurrida constituye una sentencia equiparable a definitiva, pues si bien no pone fin al pleito ni impide su continuación, se configura en el caso un gravamen de imposible o dificultosa reparación ulterior. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

14. El planteo de inconstitucionalidad del art. 94, LPACABA, que impide al Poder Judicial revisar los actos firmes de otro poder, por no haber sido cuestionados oportunamente en sede administrativa, compromete el principio de división de poderes. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

15. La declaración de inconstitucionalidad de oficio corresponde sólo en casos puntuales, cuando la violación de la Constitución sea flagrante, no se viole el derecho a la defensa en juicio de las partes ni el principio de división de poderes, y cuando la cuestión planteada exceda el mero interés privado de los litigantes. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

16. La declaración de inconstitucionalidad del art. 94, LPACABA, produjo un desequilibrio procesal violatorio del derecho al debido proceso de la parte demandada, ya que la Cámara subsanó indebidamente las deficiencias argumentales del accionante. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

17. El establecimiento de plazos perentorios como requisito de admisibilidad formal de los recursos administrativos contra resoluciones de la Dirección General de Rentas (arts. 123, 124 y 125, C.F. año 2003) desempeña un papel de primer orden en el mantenimiento de la seguridad jurídica, ya que el abandono prolongado de los derechos crea incertidumbre, inestabilidad y falta de certeza en las relaciones, obliga a los titulares de los derechos a no ser negligentes en su ejercicio, y pone claridad y precisión en las relaciones jurídicas. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

18. La denuncia de ilegitimidad constituye un remedio extraordinario con el propósito de asegurar, por parte de la Administración Pública, el control de legitimidad y eficacia de la actividad administrativa y, a través de él, el respeto de los derechos e intereses de los administrados. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

Expte. nº 5549/07 - 2/5/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El actor, Frávega S.A., fue sancionado en sede administrativa con una multa de $ 104.868,90 por haber cometido la conducta típica prevista en el primer párrafo del art. 99 del C.F. (t.o. 2003) —ingreso tardío de importes debidos por su calidad de agente de retención y percepción—. Contra el acto que dispuso la imposición de dicha multa, la actora interpuso recurso de reconsideración luego de transcurrido el plazo previsto a tales efectos, en virtud de lo cual fue rechazado *in limine*. Contra dicha resolución interpuso recurso jerárquico, al que la Administración "(...) denegó su tratamiento como denuncia de ilegitimidad (...)" en atención a que el procedimiento se había ajustado a derecho, tanto en sus aspectos formales como sustanciales (fs. 97 vta.).

2. Contra dicha resolución el actor interpuso demanda contencioso-administrativa solicitando la nulidad de las resoluciones administrativas en cuestión, así como, en subsidio, la revisión de la cosa juzgada administrativa (fs. 96/105). La demanda fue rechazada por el juez de primera instancia, sobre la base de que *i)* no se encontraba habilitada la instancia judicial —conf. art. 94, LPA—, y de que: *ii)* no se encuentran verificados los supuestos que menciona el actor en sustento de su pretensión de revisar la cosa juzgada administrativa (fs. 106).

3. Interpuesto el recurso de apelación por la parte actora, el 28/12/2006, la Sala II de la Cámara CAyT revocó dicha sentencia y mandó a seguir adelante el proceso judicial, declarando la inconstitucionalidad del art. 94, LPA en cuanto dispone que "la decisión que resuelva la denuncia de ilegitimidad será irrecurrible y no habilitará la instancia". Básicamente, sostuvo que dicha disposición contra-

viene el art. 106, CCBA en cuanto dispone que "corresponde al Poder Judicial de la Ciudad el conocimiento y decisión de todas las causas".

4. El GCBA interpuso queja contra la resolución del *a quo* de fecha 25/10/2007, en virtud de la cual éste había denegado —por falta de sentencia definitiva o equiparable a tal— el recurso de inconstitucionalidad, a su turno, interpuesto contra la sentencia de la que se da cuenta en el punto anterior.

Los agravios del recurso de inconstitucionalidad, y sostenidos por la queja interpuesta ante este estrado, sintéticamente expuestos, sostienen que: *i)* se declaró la inconstitucionalidad de una norma sin dar fundamento válido, *ii)* se vulneró el principio de bilateralidad, debido proceso y seguridad jurídica, y *iii)* que el Poder Judicial se ha irrogado facultades legislativas y se ha expedido sobre la razonabilidad de los plazos procedimentales, quitando firmeza a un acto consentido en sede administrativa, violándose el principio de división de poderes.

5. El FGA dictaminó por el rechazo de la queja por falta de sentencia definitiva, de modo concordante con lo entendido por el *a quo*.

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. La Cámara declaró inadmisible el recurso inconstitucionalidad interpuesto por la actora con sustento en que "(...) el pronunciamiento recurrido se trata de una sentencia que resolvió sobre la habilitación de la instancia judicial" y "[c]omo tal no constituye una *sentencia definitiva* ya que no pone fin al pleito ni impide su continuación (CSJN, *Fallos,* 229:569) y tampoco puede equipararse a ella" (fs. 78 vta.; todas las cursivas pertenecen al original).

2. Si bien la resolución recurrida no es la que pone fin al pleito o impide su continuación, la circunstancia de que desconoce de modo irreparable la estabilidad que el Gobierno atribuye a su acto —imposición de la multa— torna a aquella resolución equiparable a una definitiva. El examen mismo de la sanción, aun cuando la demanda fuera a la postre rechazada, constituye un sometimiento del acto a una revisión que vulnera la cosa juzgada, veremos que judicial, y la facultad acordada por el legislador al Poder Ejecutivo que no consiste puramente en ver reconocido un derecho a la percepción de la renta pública y no quedar sometido al control judicial fuera del campo delimitado por los términos precisos de la ley. Tanto la estabilidad de la cosa juzgada como la incolumidad de la facultad del Poder Ejecutivo gozan de un reconocimiento y tutela, en la CCBA y en la ley la otra, que quedarían irremediablemente afectados si el proceso continuara cualquiera fuere su resultado.

Vale recordar, en este orden de ideas, de conformidad con la doctrina sentada por la CSJN según la cual "la actuación del Poder Judicial en situaciones donde se produjo la caducidad de la acción procesal administrativa, violaría el principio de división de poderes y, por lógica consecuencia, se encontraría en colisión con el sistema que el legislador, interpretando la Constitución Nacional, estructuró para

el funcionamiento de las instituciones en ella forjadas. Es, la señalada, precisamente, una de las características fundamentales que diferencian la caducidad de la acción contencioso-administrativa de la prescripción: el especial mandato de no intervención dirigido al juez cuando ella se ha operado" (*Fallos,* 316:2459). Si bien la cuestión *sub examine* es de derecho público local, ajena al conocimiento de la CSJN, la similitud que a estos efectos presentan las normas locales involucradas y las nacionales contempladas en el precedente citado, permite recurrir a la jurisprudencia federal como apoyo argumental.

3. Sintéticamente expuesto: la sentencia contra la cual ha sido interpuesto el recurso de inconstitucionalidad ha encuadrado la multa impuesta por órganos administrativos dentro de la categoría de actos susceptibles de impugnación por los medios previstos en la LPA (dec. 1510/97) y, envuelta en esta concepción, vio como obstáculo, para revisar en sede judicial aquella sanción, al art. 94 de dicha ley, que decidió no aplicar por estimarlo inconstitucional. La cuestión de la inconstitucionalidad, traída a esta instancia, es apropiada para habilitar el reexamen requerido.

Ello sentado, corresponde a este Tribunal, que no está sujeto a la reserva del art. 75, inc. 12 ni a otras de esa especie —conf. mi voto *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Verseckas, Emilia María c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)'", expte. nº 3260/04, sent. del 16/3/2005—, cerciorarse de que el art. 94 en cuestión comprenda el supuesto que los jueces de mérito consideraron acreditado en el caso. Este primer examen es imprescindible, porque resultaría abstracto pronunciarse acerca de la inconstitucionalidad de una norma que no es aplicable por su propio significado (conf., *mutatis mutandis,* lo expuesto por Louis Brandeis en la sentencia de la Corte Suprema de los EE.UU. *in re* "Ashwander v. Tennesse Valley Authority" —297 U.S. 288—). Esto es lo que ocurre en el *sub lite*, sin perjuicio de que el análisis que lleva a establecer que nos encontramos en presencia de un régimen distinto de aquel del que participa el citado art. 94 contribuye a esclarecer también por qué el legislador pudo sujetar a un plazo el ejercicio del derecho a obtener el control judicial sobre la sanción impuesta, al mismo tiempo que muestra que dicho plazo proviene de una fuente legal distinta, los arts. 123, 124 y 125 del C.F. (t.o. 2003), no tachados de inconstitucionales por la actora. Esta última determinación, la del derecho aplicable, lleva, por los argumentos que expondré, a resolver el rechazo de la demanda, que debe disponer el Tribunal por imperio del art. 31 de la ley 402.

4. La sent. del 28/12/2006 entendió que se encontraba frente al ejercicio de una función administrativa y canalizó la cuestión como una situación derivada de una denuncia de ilegitimidad. En esa tesitura, declaró la inconstitucionalidad del art. 94 de la Ley de Procedimiento Administrativo (dec. 1510/97), en cuanto prescribe que "[l]a decisión que resuelva la denuncia de ilegitimidad será irrecurrible y no habilitará la instancia judicial", centralmente, con base en el art. 106, CCBA, y tuvo por habilitada la vía judicial. Sin embargo, como veremos, subsumir el supuesto de ese modo no resulta posible debido a que las características que invisten a la

función jurisdiccional (y la cosa juzgada que de ella se desprende) tornan inadecuado aplicar el instituto de la denuncia de ilegitimidad en esos casos. Ningún órgano estatal, ni los particulares están facultados para alterar un acto que ha adquirido la fuerza de la cosa juzgada judicial. Por ello, aún en el supuesto de que la propia administración pretendiese aplicarlo, ello resultaría contradictorio con el tipo de función ejercida. Si precluye la posibilidad de impugnar un acto materialmente jurisdiccional, ni siquiera su emisor posee la facultad de revisarlo o modificarlo. Por lo demás, los textos legales también aportan argumentos suficientes como para descartar la denuncia de ilegitimidad a casos como el de autos.

5. La imposición de una multa con exclusivo carácter retributivo, como la del caso que nos ocupa, es una típica función jurisdiccional, sin importar que sea ejercida por la Administración, o por el poder a quien en principio competería: el Judicial (ver mi voto *in re* "Urfeig, Norberto s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Urfeig, Norberto c/Consejo de la Magistratura s/revisión de cesantías o exoneraciones de emp. publ.'", expte. nº 5041/06, sent. del 20/7/2007). Al tratarse de una función materialmente jurisdiccional, los actos emitidos en ese contexto poseen la estabilidad de cosa juzgada judicial, mayor que la que brinda a los actos (administrativos) la cosa juzgada administrativa. En sentido similar, he sostenido con anterioridad que "(...) la estabilidad de la cosa juzgada administrativa —menor que la de la judicial— resulta del ejercicio de funciones administrativas. Aplicar la multa es función de índole jurisdiccional, por lo cual la sanción adoptada por la Administración nunca alcanza la estabilidad de un acto administrativo, sino que, en verdad, pasa en autoridad de cosa juzgada judicial, cuando no resulta impugnada ante un juez competente, o no cabe hablar de cosa juzgada a su respecto, cuando lo es" (mi voto *in re* "Lamartine S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Lamartine S.A. c/GCBA —Dirección General de Rentas— s/impugnación de actos administrativos'", expte. nº 4347/05, sent. del 23/5/2006).

6. La forma en que se encontraba regulado (y aún se encuentra) el régimen recursivo en el Código Fiscal, t.o. 2003 —que tiene las características exigidas para el control de actos jurisdiccionales emitidos por la Administración— sirve de apoyo para concluir que nos encontramos frente a una actividad jurisdiccional en cabeza de la Administración. Se trata de una sanción —privación forzada de la propiedad— de índole penal (retributiva) de la que es pasible un sujeto no vinculado a la Administración por una relación de empleo público o contrato, que podrían dar origen a sanciones propias del régimen disciplinario o del surgido del contrato o legislación *ad hoc* para que la Administración, como parte, tutele su derecho al cumplimiento de la otra. Por el contrario, esta sanción promueve la observancia de deberes que pesan sobre la generalidad de los sujetos de derecho. Consecuentemente, el control judicial de lo obrado en sede administrativa no se limita a la legitimidad sino que comprende todos los aspectos y de derecho (conf. mi voto en "Urfeig", ya citado). Otras consecuencias más específicas obedecen a lo expuesto. No resulta menor, entre ellas, el hecho de que los recursos previstos para las cuestiones de ma-

teria tributaria se encuentren contemplados en una norma distinta a la que regula el procedimiento administrativo general. Por lo demás, si bien los recursos del Código Fiscal vigente al momento en que se produjeron los hechos eran similares a los de la Ley de Procedimiento Administrativo (dec. 1510/97; en adelante "LPA") —en nombre y plazo, aunque no en el alcance del control, de legitimidad en un caso y sobre todos los aspectos, incluida la graduación de la pena, en el otro— anteriormente, ha tenido un régimen recursivo distinto al administrativo general u ordinario (v. gr. recurso directo ante la Cámara CAyT).

El art. 123 del C.F., t.o. 2003, también marca una diferencia entre ambos regímenes. Allí se disponía efecto suspensivo para los recursos de reconsideración interpuestos contra actos en materia fiscal, situación reglada en sentido contrario por la LPA, para los supuestos que a ella ocupan. Esa regulación de la LPA sugiere que el legislador entendió que una previsión legal genérica de esta especie en la regulación de los procedimientos típicamente administrativos, consideró o más conveniente, o más armónica con la CCBA la solución consistente en no restringir el ejercicio de las facultades constitucionales del Poder Ejecutivo. Desde luego el Poder Ejecutivo no habría podido cuestionar judicialmente la constitucionalidad de una ley en otro sentido, aunque sí vetarla si no la hubieran confirmado.

7. En lo que interesa directamente para el caso en estudio, la denuncia de ilegitimidad siempre estuvo prevista dentro del régimen de la LPA pero no integraba (ni integra) el texto del Código Fiscal. Ese instituto, tal como está concebido en el art. 94 de la LPA, tiene por objeto canalizar la posibilidad que siempre asiste a la Administración, en uso de sus facultades típicas, de ejercer el control de oficio sobre sus actos. Esa diferencia en la forma en que son otorgadas unas y otras competencias surge, además del artículo citado, de diversos preceptos que integran la LPA. Entre ellos puede mencionarse, a modo de ejemplo, los principios de impulsión e instrucción de oficio y el del informalismo (consagrados en el art. 22 de la LPA) y la posibilidad de que los recursos de reconsideración y jerárquico (a diferencia del de alzada) puedan atender cuestiones de oportunidad mérito y conveniencia (título IV de la LPA, en especial art. 115). Todas esas previsiones se diferencian de lo dispuesto en el Código Fiscal —en el que no hay informalismo y el control judicial es pleno, como principio— y denotan la diferente regulación que contiene cada régimen.

Por lo demás, específicamente, el Código Fiscal, t.o. 2003 (que en ello se mantiene hasta hoy) dispone que "[l]os plazos para la interposición de la contestación de vista y descargos y de los recursos administrativos, tienen carácter perentorio e improrrogable" (art. 125) y que "[l]as normas y términos específicos contenidos en el presente Código tienen preeminencia con respecto a los de la Ley de Procedimiento Administrativo" (art. 127).

8. En definitiva, por más que ambos regímenes posean recursos (reconsideración y jerárquico) denominados de la misma forma, ello no implica extrapolar sus previsiones de uno a otro ni que ambos regimenes sean idénticos, pues, los diferentes

tipos de funciones ejercidas por el Poder Ejecutivo (en nuestro caso, jurisdiccional y administrativa) imponen una interpretación que se ajuste a las características de cada una de esas funciones. Cada sistema debe regirse de acuerdo con sus propias normas y de acuerdo a la función que se ejerce en cada caso. La homonimia, lejos de ser un criterio para establecer la condición de ser idéntico, como principio, la excluye. Tampoco implica u opera consustanciación.

9. Resulta ilustrativo repasar la forma en que este tipo de cuestiones han sido reguladas en el ámbito federal. Mientras que los recursos y forma de agotamiento de la vía administrativa general se encuentran previstos en un decreto sin rango legal (dec. nac. 1752/72 y sus modificaciones), en materia de multas impositivas y otras cuestiones tributarias los recursos que se admiten contra ese tipo de actos se encuentran determinados, por ejemplo, en la ley nacional nº 11.683.

En este sentido Marienhoff sostiene que "(...) habrá acto jurisdiccional siempre que, en ejercicio de una facultad *legal*, a raíz de una reclamación del administrado se dicte decisión, expresa y fundada, reconociendo o desestimando el derecho invocado, cualquiera sea el órgano que al efecto actúe" (Marienhoff, Miguel S.: *Tratado de derecho administrativo*, Abeledo-Perrot, 2003, t. I, p. 98, nota 120; el destacado es propio).

O sea, que los recursos contra los actos emanados en uso de la función administrativa pueden ser reglados en un decreto sin rango legal, mientras que aquellas funciones jurisdiccionales llevadas a cabo por la Administración, así como su sistema recursivo, deben ser estipulados por una norma con jerarquía de ley.

10. Las diferencias entre las funciones administrativas y jurisdiccionales conllevan consecuencias sustanciales. La competencia para modificar las multas que asiste a quien resuelve el recurso jerárquico establecido en el Código Fiscal no puede ser utilizada de oficio, a diferencia de lo que sucede cuando se trata de competencias típicamente administrativas. No existe un control jerárquico sobre el inferior sino un sistema recursivo que se asemeja al que posee el Poder Judicial. Ese control no puede ser ejercido discrecionalmente, quien está facultado para resolver el recurso no posee la facultad de avocarse por sí mismo a la cuestión. La potestad de control y revisión se encuentra plenamente reglada por el legislador y limitada a los recursos previstos. Una limitación de esa especie en el marco de una función administrativa, sería de dudosa constitucionalidad debido a que estaría restringiendo la facultad de control de la cabeza del Poder Ejecutivo sobre los demás órganos que integran dicho poder.

Sobre el punto, Marienhoff ha expresado que "[e]l recurso jerárquico no procede contra los actos emitidos por órganos administrativos cuyas funciones o actividades sean de tipo *'*jurisdiccional*'*. Sobre esos órganos o funcionarios no existe poder jerárquico. La razón de todo esto es obvia, pues al respecto se aplica por reflejo la situación del juez que integra el Poder Judicial, ámbito donde no hay 'subordinación', sino *'*coordinación*'*. En cambio, el recurso jerárquico es expresión del poder jerárquico o del mando" (Marienhoff, Miguel S.: *Tratado de derecho*

administrativo, Abeledo-Perrot, 2003, t. I, p. 731; todas las cursivas pertenecen al original).

11. Si bien no es objeto principal de las cuestiones que estamos tratando, no se me escapa que tanto las multas impositivas como otras cuestiones relacionadas con la actividad tributaria (entre ellas, las determinaciones de oficio), tienen el mismo tratamiento en el Código Fiscal. De este conjunto de funciones, que, como explicaré, entiendo no son jurisdiccionales, me referiré básicamente a la determinación de oficio para evitar desviarme demasiado del tema en cuestión, porque ha sido la más desarrollada por la doctrina. Principalmente, porque entiendo que las conclusiones son extensibles al resto.

La naturaleza jurisdiccional de la imposición de las multas no resulta dudosa y ello ha sido pacíficamente aceptado (*Fallos,* 303:1548, entre otros). Consecuencia de ello es que sería inconcebible que el Poder Ejecutivo desarrollase una actividad de esa especie sin una autorización legal, así como sin una posibilidad de control judicial pleno.

En cambio, la calificación de las verificaciones de oficio como función jurisdiccional o administrativa no es pacífica. Importantes juristas han sostenido que la determinación de oficio es una función jurisdiccional (ver Jarach, Dino: *El hecho imponible,* Abeledo-Perrot, 2004, p. 39). Por mi parte, entiendo que este tipo de actos deben ser considerados como administrativos, principalmente, porque las consecuencias que se derivarían de aplicar la estabilidad de la cosa juzgada judicial en esos casos, no parece haber sido la opción del legislador, ni tampoco parecería una razonable. También abona esta conclusión el hecho de que la recaudación de impuestos está expresamente puesta, por la CCBA, en cabeza del Jefe de Gobierno (art. 104, inc. 25). En el plano nacional, está facultad compete al Jefe de Gabinete, quien también ejerce "la administración general del país" (art. 100, inc. 7º e, inc. 1º de la C.N., respectivamente).

La circunstancia de que la CCBA o la C.N. invistan en los poderes ejecutivos que crean la atribución de recaudar las rentas fiscales supone, por una parte, que esa misión no puede ser atribuida legislativamente a los jueces y, por la otra, que el control judicial es, como principio, limitado, debido a que la función es administrativa, aunque otras cláusulas constitucionales —las que incorporan el *nullum tributum sine lege* y la garantía de igualdad, principalmente— llevan a que la facultad sea altamente reglada y, como consecuencia de ello, ampliamente controlable por la justicia. Esta categorización permite explicar facultades como la de sentar normas interpretativas generales que deben ser observadas por los jueces, a menos que sean inconstitucionales. Esa facultad interpretativa, otorgada a la AFIP en el orden nacional (dec. nac. 618/97, arts. 8º y ss.) y, en la órbita de la Ciudad, a la Administración Gubernamental de Ingresos Públicos (art. 5º, inc. b] y 16 de la ley 2603) y, anteriormente, a la Dirección General de Rentas (C.F., art. 4º, inc. 15), tiene el enorme valor de permitir que los responsables máximos de la Administración fiscal sujeten los actos de determinación tributaria y fiscalización de numerosos agentes a normas que aseguren la uniformidad de trato de los contribuyentes. Pero,

no obstante su utilidad para el desarrollo de las garantías constitucionales de igualdad y generalidad, la restricción que supone a la facultad judicial de interpretar no sería comprensible partiendo de categorizar a esa función como jurisdiccional. En un sentido más amplio, no se comprendería por qué la pone el constituyente en el ámbito del Poder Ejecutivo.

El régimen legal que ahora nos ocupa no zanja esta discusión. Sin embargo, denota sí que el legislador ha optado por darle a esa actividad un tratamiento especial, distinto del que suele brindarle a la generalidad de las actividades administrativas. Nos encontramos frente a una actividad plenamente reglada y para la cual se ha previsto un sistema recursivo distinto del de la LPA. Esta asimilación legislativa de las determinaciones de oficio a una función jurisdiccional no implica otorgarle a esos actos la estabilidad de la cosa juzgada judicial, pero sí demuestra que, sea cual fuere la naturaleza de estas funciones, ellas se encuentran reguladas de un modo especial que se asemeja, en algunos puntos, como en el sistema recursivo, al de las funciones jurisdiccionales. Ello resulta posible debido a que se trata de una actividad plenamente reglada.

De todos modos, existe una coincidencia entre las dos posturas antes reseñadas en cuanto a que el acto está estrictamente reglado y en que el control judicial es muy amplio, sino pleno, aspecto que daría ocasión para extenderse en una obra científica, pero no aquí porque no lo traigo más que colateralmente para ilustrar acerca de lo debatido: la impugnación de la multa.

12. Así las cosas, toda vez que no se discute que ha transcurrido el plazo legal previsto para impugnar la decisión adoptada en el acto que ahora se intenta cuestionar, dicho acto ha pasado en autoridad de cosa juzgada judicial y, por lo tanto, goza de la misma estabilidad que un acto emitido por un órgano judicial en uso del tipo de competencia que le es naturalmente propia (la jurisdiccional). En definitiva, una vez precluida la posibilidad de recurrirlo, el acto materialmente jurisdiccional se torna, como regla general, inmutable. Ello es así para cualquiera de los actores del sistema, pues ni siquiera el propio órgano emisor se encuentra facultado para modificarlo.

13. Sin ingresar en la valoración de los supuestos que, según el recurrente y la doctrina citada, permitirían apartarse de la cosa juzgada, el apelante no demuestra —en la solicitud que en ese sentido realiza en la demanda (fs. 98/99) y en los fundamentos de la apelación (fs. 114 vta./120)— que el acto que intenta impugnar sea susceptible de ser categorizado como dentro de una de esas excepciones.

14. Por lo expuesto, corresponde admitir la queja, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, revocar la sentencia apelada y rechazar la demanda interpuesta. Las costas de esta instancia se imponen a la vencida.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. La queja presentada por el GCBA cumple con los requisitos de tiempo y forma, y contiene una crítica suficiente del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad.

Como destaca el recurrente y contrariamente a lo manifestado por la Cámara en el rechazo del recurso de inconstitucionalidad, la resolución recurrida constituye una sentencia equiparable a definitiva que habilita la competencia del Tribunal, pues si bien no pone fin al pleito ni impide su continuación, se configura en el caso un gravamen de imposible o dificultosa reparación ulterior, ya que no existe otra posibilidad *útil y oportuna* para debatir la cuestión relativa a la constitucionalidad del art. 94, LPACABA (dec. 1510/97) y a la facultad del Poder Judicial de revisar un acto administrativo firme.

Por otra parte, se configura en el presente un verdadero "caso constitucional", ya que —como veremos a continuación— se cuestiona la sentencia recurrida con serios fundamentos y demostrando la relación directa entre las cláusulas constitucionales invocadas y los agravios planteados.

Por los motivos expuestos, corresponde admitir el recurso de queja y proceder al tratamiento del recurso de inconstitucionalidad subyacente.

2. En primer lugar, corresponde realizar algunas consideraciones sobre cómo se ha desarrollado el presente caso en sede administrativa y, luego, en el ámbito judicial.

a) Del relato efectuado por la parte actora en su escrito de demanda (ver fs. 96/97), coincidente con el realizado por la Cámara en la sentencia recurrida (fs. 29/29 vta.), surge que la Dirección General de Rentas dictó con fecha 10/12/2003 la *resol. 4103-DGR/03,* que le impuso a Frávega S.A. una multa de $ 104.868,90 por considerarla incursa en la infracción prevista en el primer párrafo del art. 99 del C.F. —año 2003—, atento haber ingresado fuera de término los importes declarados en las correspondientes declaraciones juradas que presentara la actora como agente de retención y percepción del impuesto sobre los ingresos brutos correspondiente al período mensual 8º del 2002.

Dicha resolución le fue notificada a la parte actora con fecha 16/12/2003, y el plazo previsto para su impugnación administrativa venció el 12/1/2004.

La actora presentó extemporáneamente recurso de reconsideración contra la citada resolución con fecha 26/1/2004, que fue rechazado *in limine* mediante la *resol. 239-DGR/04,* de fecha 12/2/2004, que decidió no otorgarle al recurso interpuesto tratamiento como denuncia de ilegitimidad, en virtud de que el procedimiento se ajustó a derecho, tanto en sus aspectos formales como sustanciales.

La parte actora insistió planteando recurso jerárquico, el que fue también fue desestimado por la Secretaría de Hacienda y Finanzas mediante la *resol. 2264-SHyF/04,* de fecha 21/7/2004, en razón de la tardía presentación del recurso de reconsideración.

b) Posteriormente, la actora inició la presente demanda judicial en la que solicita se declare la nulidad de las resols. 4103-DGR/03, 239-DGR/04 y 2264-SHyF/04 (fs. 96/105).

La señora jueza de primera instancia declaró que la instancia no se encontraba habilitada, por los siguientes fundamentos (fs. 106):

- el art. 94, LPACABA impide la revisión judicial de los actos administrativos que han quedado firmes por haber vencido los plazos para interponer recursos administrativos (fs. 106);
- no corresponde la revisión de la cosa juzgada administrativa, ya que no se configura un supuesto de fraude procesal ni de indefensión absoluta;
- el planteo de inconstitucionalidad del art. 94, LPACABA no tiene un adecuado desarrollo que demuestre su incompatibilidad con la Constitución Nacional o local.

Ante la apelación deducida por la parte actora, la Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario hizo lugar a dicho recurso y tuvo por habilitada la instancia judicial, declarando para ello la inconstitucionalidad del art. 94 de la LPACABA en cuanto prescribe que "(l)a decisión que resuelva la denuncia de ilegitimidad será irrecurrible y no habilitará la instancia judicial", por considerar que dicha norma constituye una reglamentación irrazonable de los derechos de acceso a la justicia y la defensa en juicio, atento la brevedad del plazo —15 días— previsto para impugnar un acto en sede administrativa cuyo vencimiento puede acarrear la pérdida de todo derecho (fs. 28/34).

c) El GCBA cuestionó dicha sentencia mediante recurso de inconstitucionalidad (fs. 54/75), en el que detalla las siguientes falencias de la resolución recurrida, que comprometerían derechos y principios de índole constitucional:

- Viola el principio de legalidad, en cuanto aniquila la perentoriedad de los plazos procedimentales administrativos consagrada en los arts. 123 y 125, C.F., y 22 y 94, LPACABA.
- Incurre en arbitrariedad, al declarar la inconstitucionalidad de una norma (art. 94, LPACABA) sin fundamentos válidos.
- Vulnera el principio de bilateralidad, al declarar la inconstitucionalidad de una norma sin escuchar a la otra parte, ya que la Cámara resolvió la apelación deducida por la actora sin dar traslado al GCBA.
- Afecta el principio de división de poderes, ya que la Cámara le quitó firmeza a un acto consentido en sede administrativa.
- Agrede el derecho al debido proceso, al no aplicar las normas que rigen el caso.
- Transgrede el principio de seguridad jurídica, al permitir la impugnación judicial de un acto firme y consentido.
- Ocasiona gravedad institucional y afecta directamente la percepción de la renta pública en tanto le impide ejecutar la sanción impuesta que se encontraba firme y ejecutoriada.

3. Así planteada la cuestión a decidir, en primer término corresponde destacar que el planteo de inconstitucionalidad del art. 94, LPACABA, deducido por la actora en su escrito de demanda (apart. VI.B *in fine*), no presenta un desarrollo adecuado y suficiente que justifique su tratamiento por parte del Poder Judicial.

La declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como *ultima ratio* del

ordenamiento jurídico y su procedencia requiere que el planteo pertinente tenga un sólido desarrollo argumental y cuente con no menos sólidos fundamentos (*Fallos,* 305:518, voto de los jueces Black y Renom), al extremo de proponer un análisis inequívoco y exhaustivo del problema (*Fallos,* 303:448), de modo tal que si el recurrente no demuestra cuál es el alcance de sus derechos y por qué razones cree que lo actuado por el legislador es incorrecto, no cabe atenderlo (*Fallos,* 306:1597; 325:1201, disidencia del doctor Adolfo Roberto Vázquez).

Sin embargo, la actora planteó la tacha de inconstitucionalidad en los siguientes términos: "En consecuencia, nunca la cosa juzgada puede ir contra el administrado, ni aún en caso de una expresa previsión normativa. De modo que si esa fuera la interpretación que se realizara de la literalidad del citado art. 94, éste debería declararse inconstitucional, lo que así se solicita" (fs. 99).

Evidentemente, esa no es una fundamentación suficiente, máxime cuando —como ocurre en el caso— se encuentra comprometido el principio de división de poderes, ya que la norma que se cuestiona es la que impide al Poder Judicial revisar los actos *firmes* de otro poder, por no haber sido cuestionados oportunamente en sede administrativa.

Asimismo, el cuestionamiento realizado por la parte actora es incompleto, ya que solicita la declaración de inconstitucionalidad del art. 94, LPACABA, pero no critica la validez de las otras normas que —en conjunto— establecen los plazos aplicables y su carácter perentorio en el marco de la impugnación de actos administrativos, tales como los arts. 123 y 125, C.F. (año 2003), y 22, inc. e) LPACABA. Si se cuestiona un régimen específico, deben criticarse todos los elementos que lo integran, y no uno solo, porque mantener la validez de unos y decretar la invalidez de otros genera una incompatibilidad inconcebible en un sistema, como lo es el jurídico.

4. Por otro lado, las deficiencias argumentativas señaladas precedentemente no pueden ser subsanadas *de oficio* por la Cámara.

Si bien, como dije en un anterior precedente de este Tribunal ("Comisión Municipal de la Vivienda c/Saavedra, Felisa Alicia y otros s/desalojo s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 1556/02, resolución del 7/10/2002), en determinados supuestos es procedente la declaración de inconstitucionalidad de oficio, lo cierto es que tal facultad es una excepción, y no una regla.

En otras palabras, sólo en casos puntuales, cuando la violación de la Constitución sea flagrante, no se viole el derecho a la defensa en juicio de las partes ni el principio de división de poderes, y *cuando la cuestión planteada exceda el mero interés privado de los litigantes* —porque de lo contrario las partes pueden decidir libremente si hacer uso o no de su derecho a impugnar una determinada norma—, corresponde la declaración oficiosa de inconstitucionalidad.

Ello no ocurre en el presente caso, donde el objeto del juicio es netamente patrimonial —ya que el actor pretende la revocación de una multa tributaria—, y se debate la potestad de un Poder —Judicial— de revisar los actos de otro —Eje-

cutivo—, por lo que es necesario que la tacha de inconstitucionalidad se plantee de forma clara, concreta y suficientemente fundamentada.

Al no cumplir la parte actora con dicha carga procesal, la Cámara no estaba habilitada para declarar la inconstitucionalidad del art. 94, LPACABA, y esa decisión produjo un desequilibrio procesal violatorio del derecho al debido proceso de la parte demandada, ya que la Cámara subsanó indebidamente las deficiencias argumentales del accionante.

5. Pero aun cuando consideráramos que la Cámara estaba habilitada para ponderar la constitucionalidad del art. 94, LPACABA, entiendo que el análisis que realiza de dicha temática (en los aparts. 5 y 6 del voto de la mayoría) es genérico e insuficiente para llegar a la solución propuesta.

En efecto, la Cámara sostiene que "...la tacha de inconstitucionalidad formulada por la parte actora tendrá favorable acogida en esta instancia en orden a las particulares circunstancias del caso..." (ver fs. 31), pero no especifica cuáles son esas invocadas "particulares circunstancias" que justifican hacer uso de una potestad judicial tan grave como lo es la declaración de inconstitucionalidad de una norma sancionada por otro Poder. En el marco del sistema de control difuso, los jueces deben especificar por qué, aplicada al caso concreto, la norma cuestionada genera una violación constitucional, cuestión que no han realizado los camaristas.

Por otra parte, la Cámara introduce distintas apreciaciones sobre la importancia del control judicial de la actividad de los órganos administrativos, pero aquí no está en discusión esa cuestión —sobre la que existe, en la actualidad y desde el precedente de la CSJN "Fernández Arias c/Poggio", consenso doctrinario y jurisprudencial—, sino la posibilidad de sujetar dicho control al cumplimiento, por parte del interesado, de determinados requisitos formales, como lo es el plazo.

Asimismo, la Cámara sostiene que el plazo de quince días previsto para impugnar un acto en sede administrativa —donde el particular puede actuar sin patrocinio letrado— es brevísimo, y por ende la prohibición de revisar judicialmente un acto administrativo que resuelve como denuncia de ilegitimidad el recurso interpuesto fuera de término (establecida en el art. 94, LPACABA), es irrazonable y violatoria del derecho de acceso a la justicia y la defensa en juicio. Pero esta argumentación presenta las siguientes falencias:

- Sostiene que el plazo de quince días es brevísimo, pero no explica por qué considera ello, en qué se basa, o (en todo caso) cuál sería un plazo razonable, transformándola en una afirmación claramente dogmática. Ello viola el principio de división de poderes, ya que es el Poder Legislativo el competente para determinar cuál es el plazo más adecuado, que sólo en supuestos de irrazonabilidad puede ser dejado de lado por el Poder Judicial, pero esa irrazonabilidad debe ser claramente demostrada.
- Menciona, para fundamentar la brevedad del plazo, que en sede administrativa el particular puede actuar sin patrocinio letrado, pero éste no es el caso de autos, ya que de las constancias de esta causa surge que en sede administrativa la parte actora actuó con patrocinio letrado. En el

marco del control difuso de constitucionalidad, la brevedad del plazo debe ponderarse en el caso concreto y a la luz de las circunstancias concretas, y no aludiendo a otra situación —falta de patrocinio letrado— que no se configura en este caso.

6. Los derechos son, por regla, relativos, pueden ser reglamentados siempre y cuando no se desvirtúe su contenido esencial, y dicha reglamentación es necesaria para coordinar el ejercicio de los distintos derechos e intereses en juego. El legislador consideró fundamental establecer —entre otros requisitos— un plazo para la interposición de recursos administrativos y clausurar la vía judicial cuando no se agotó la vía administrativa, para armonizar el derecho del particular a acceder a la justicia, con la seguridad jurídica —que brinda la irrevisibilidad de un acto administrativo firme— necesaria para no entorpecer el ejercicio de las facultades estatales.

En otras palabras, el establecimiento de plazos *perentorios* como requisito de admisibilidad formal de los recursos administrativos contra resoluciones de la Dirección General de Rentas (arts. 123, 124 y 125, C.F. año 2003) desempeña un papel de primer orden en el mantenimiento de la seguridad jurídica, ya que el abandono prolongado de los derechos crea incertidumbre, inestabilidad y falta de certeza en las relaciones, obliga a los titulares de los derechos a no ser negligentes en su ejercicio, y pone claridad y precisión en las relaciones jurídicas.

El vencimiento del plazo previsto para la interposición del recurso administrativo impide el agotamiento de la vía administrativa —requisito de admisibilidad de la acción procesal administrativa—, pero el particular cuenta con la *posibilidad* de que se tramite el recurso deducido extemporáneamente como "denuncia de ilegitimidad". Pero ello constituye un *remedio extraordinario* con el propósito de asegurar, por parte de la Administración pública, el control de legitimidad y eficacia de la actividad administrativa y, a través de él, el respeto de los derechos e intereses de los administrados.

En consecuencia, y tal como lo recepta el art. 94, LPACABA, la resolución que resuelva la denuncia de ilegitimidad será irrecurrible y no habilitará la instancia judicial, ya que "sería claramente irrazonable otorgar el mismo efecto a la denuncia de ilegitimidad, que no es más que una impugnación tardíamente interpuesta, que a un recurso deducido en término, pues ello implicaría colocar en un pie de igualdad al particular que se comporta en forma negligente, respecto de aquel que actúa con diligencia para proteger sus derechos" (CSJN, "Gorordo Allaria de Kralji, Haydée c/Estado Nacional —Ministerio de Cultura y Educación—", sent. del 4/2/1999, *Fallos,* 322:73).

Por estos fundamentos, considero que, como regla general, el art. 94, LPACABA es constitucionalmente válido.

7. Sentado lo expuesto precedentemente, y analizando este caso particular, considero que la aplicación del art. 94, LPACABA no afectó derecho constitucional alguno de la parte actora.

Constituye un hecho admitido por la propia accionante que dejó vencer el plazo para impugnar en sede administrativa la resol. 4103-DGR/03. Al adquirir firmeza ese acto administrativo, resultaba inviable su cuestionamiento en sede judicial, ya sea por aplicación del art. 94, LPACABA, o bien de los arts. 3º, inc. 1º, CCAyT y 125, C.F. (año 2003).

De considerarse aplicable el instituto de la denuncia de ilegitimidad al procedimiento tributario sancionador, el art. 94, LPACABA brinda la directa solución al caso. Pero aun cuando sostuviéramos que, al no estar previsto en el Código Fiscal, este instituto no es aplicable en el citado procedimiento, el juego armónico de las otras normas mencionadas precedentemente permiten arribar a la misma conclusión.

En efecto, el citado art. 3º, inc. 1º, CCAyT incorpora, como condición de ejercicio de la acción mediante la que se impugnan actos administrativos de alcance particular definitivos o equiparables, el agotamiento de la instancia administrativa por medio de las vías recursivas pertinentes. A su turno, el art. 125, C.F. (año 2003) establece el carácter perentorio e improrrogable de los plazos previstos para la interposición de recursos administrativos contra resoluciones de la Dirección General de Rentas. Por lo tanto, el vencimiento de uno de estos plazos perentorios impide que se configure el agotamiento de la vía administrativa imprescindible para la apertura de la instancia judicial.

Por lo tanto, aplicando una u otra normativa, la solución es la misma: fue la propia parte actora quien, con su conducta procedimental negligente, perdió el derecho a acceder a la instancia judicial, sin que se hayan invocado siquiera circunstancias particulares que permitan justificar la extemporaneidad. Han sido los propios actos de la parte actora, y no las normas procedimentales, quienes le impidieron el acceso a la justicia.

8. En virtud de lo expuesto, voto por admitir la queja, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, revocar la sentencia apelada y rechazar la demanda, con imposición de costas de esta instancia a la vencida (art. 62, CCAyT).

El juez Julio B. J. Maier dijo:

Tal como lo expresa el señor juez de trámite al comienzo del punto nº 2 de su voto, la resolución recurrida no es la que pone fin al pleito ni la que impide su continuación. Por lo contrario, la resolución recurrida ordena tramitar el litigio, esto es, desarrollar el procedimiento hasta la sentencia final. Entonces, una vez dictada la sentencia final, si ella le es adversa, el recurrente tendrá oportunidad de criticarla y recurrirla ante el Tribunal mediante el recurso que hoy ha interpuesto prematuramente.

El TSJBA ya ha afirmado el rechazo de los recursos que no han sido interpuestos contra la *sentencia definitiva*, conforme al art. 27 de la ley local nº 402 (conf. TSJBA *in re*: "Agencia Marítima Silversea S. A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Agencia Marítima Silversea s/acción declarativa —incidente s/medida de no innovar'", expte. nº 1516/02, resolución del 10/7/2002

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). Yo, por mi parte, he sido aún más estricto para apreciar esta verdadera condición para la competencia del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad (conf. *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Buenos Aires, 1999, t. I, pp. 588 y s., "Santamaría Liste, Ángel c/GCBA s/recurso de queja", resolución del 27/10/1999, expte. nº 124/99; expte. nº 941/01, "Najmias Little, Luis c/GCBA", resolución del 11/6/2001; expte. nº 942/01; "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'", resolución del 17/12/2003, expte. nº 2461/03 y, más recientemente, "Unión de Trabajadores de la Educación c/GCBA s/medida cautelar s/recurso de apelación ordinario concedido", resolución del 21/4/2004, expte. nº 2593/03).

Corresponde, entonces, rechazar la queja.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. La queja de fs. 82/91 cumple con los correspondientes requisitos de tiempo y forma. Sin embargo, no puede prosperar.

2. En primer término, cabe tener presente, tal como sostuve en numerosas oportunidades, que "es requisito necesario de la queja que ella contenga una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad" (conf. TSJBA *in re* "Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis, causa 665-CC/00 s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 865, resolución del 9/4/2001).

En el recurso en análisis, la quejosa transcribe una parte del auto denegatorio y sostiene que contra esa resolución interpone el recurso directo (fs. 83 vta.). Sin embargo, su argumentación no se dirige a criticar la resolución indicada, sino directamente a rebatir la sentencia de la Sala que declara habilitada la instancia.

La presentación siempre gira en torno a la decisión de la Sala sobre el fondo y no refiere al auto denegatorio. En síntesis, por los defectos en la fundamentación el recurso directo debe ser rechazado.

3. Por lo expuesto, voto por no hacer lugar a la queja interpuesta por el Gobierno de la Ciudad.

El juez José O. Casás dijo:

1. Pese a haber cumplido el recurrente con los requisitos formales de la queja (art. 33, LPTSJ), el recurso no puede prosperar.

El GCBA se limita a reiterar en el recurso de hecho los planteos contenidos en su recurso de inconstitucionalidad en punto al cuestionamiento de la sentencia dictada por la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, por la cual se tuvo habilitada la instancia judicial declarando para ello la inconstitucionalidad del art. 94 de la LPA.

2. La invocación por parte de la quejosa de que la sentencia de Cámara por la cual se declaró habilitada la instancia judicial vulnera las atribuciones de la Legislatura de la Ciudad en cuanto a la competencia para legislar en materia fiscal (art. 80, inc. 2º, apart. a), ocasiona gravedad institucional y es arbitraria (fs. 54 y 54 vta.) no salva o cubre el hecho de que su escrito carece de una crítica concreta y suficiente del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad, por lo que la queja no puede prosperar (conf. TSJBA *in re:* "Fantuzzi, José Roberto y otro s/ art. 57 bis —causa 665-CC/2000— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 865, resolución del 9/4/2001, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, t. III, pp. 92 y ss.; "Propietario Figueroa Alcorta 3590/05/03 s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'GCBA c/propietario Figueroa Alcorta 3590/05/03 s/ejecución fiscal'", expte. nº 3965/05, sent. del 9/11/2005, entre otros).

En este sentido, en casos en los que —como en el presente— el tribunal *a quo* expuso detalladamente las razones que motivaran la decisión denegatoria, más allá de su acierto o desacierto, la parte afectada debe hacerse cargo de ellas.

En esas condiciones, el recurso de hecho no satisface el recaudo exigido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación relativo a los fundamentos indispensables que deben contener las quejas incoadas por recursos denegados (*Fallos,* 290:391; 293:166; 302:502; 308:2263; 311:2338), criterio que es también aplicable al recurso de inconstitucionalidad local.

3. Tanto en la queja como en el recurso de inconstitucionalidad, el GCBA subsume buena parte de sus agravios bajo la tacha de arbitrariedad de sentencia (conf. fs. 58 vta./ 66 y fs. 86/87 vta.) y formula una catalogación genérica de distintos derechos constitucionales (arts. 16, 18, 17 de la C.N.) que considera vulnerados, pero sin lograr vincular sus agravios de modo preciso con el caso concreto

Téngase en cuenta que, como sostiene de manera constante este Tribunal, la tacha de arbitrariedad, debe ser apreciada estricta y restrictivamente, como excepción (*Fallos,* 312:246, 389, 608, entre otros).

Por ello, si bien la recurrente alega que los fundamentos de la alzada son insuficientes para rechazar su recurso, no muestra cuáles serían los defectos lógicos o argumentativos de la sentencia o de qué forma ella sería descalificable como acto judicial. En rigor, la impugnación articulada sólo pone de manifiesto su desacuerdo con las razones en que se funda la decisión, sin advertir que la tacha de arbitrariedad "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; 294:376, entre otros).

4. Por último, ya sea por el hecho que, como lo señala el tribunal *a quo*, la recurrente no ha efectuado en el caso justificación alguna que avale la traslación del supuesto de gravedad institucional al ámbito del recurso de inconstitucionalidad (conf. fs. 79), o bien porque en el desarrollo de dicho agravio no señala de manera

adecuada —tal como lo exige la doctrina de la Corte (conf. *Fallos,* 311:120)— de qué forma concreta la decisión del Tribunal comprometería principios institucionales básicos, es que tampoco el recurso interpuesto puede prosperar.

Por las razones expuestas, la queja debe ser rechazada.

Así lo voto.

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el señor Fiscal General Adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja planteada por el GCBA.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita la queja a la Sala interviniente para que, por quien corresponda, se agregue a los autos principales.

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

LXXIX

"CORTINA, ROBERT VINCENT C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)"

ACUMULACIÓN DE EXPEDIENTES.

SUMARIO:

1. No procede la acumulación de expedientes cuando no se verifica el recaudo exigido en el inc. 4º del art. 170 del CCAyT que establece, como presupuesto para ello que el estado de las causas permita su substanciación conjunta, sin producir demora perjudicial e injustificada en el trámite del o de los que estuvieren más avanzados. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces Julio B. J. Maier y Ana María Conde).*

Expte. nº 5820/08 - 6/5/2008

VISTO:

el expediente citado en el epígrafe,

RESULTA:

A fs. 149 el actor en la presente causa, señor Robert Vincent Cortina, solicita la acumulación del expte. nº 5894 "Montenegro, Fandor Lucio y otros c/GCBA

s/amparo (art. 14, CCBA) s/Electoral —otros", con fundamento en que tienen objeto "análogo" y para evitar la posibilidad de "resoluciones contradictorias".

A fs. 155 se corre traslado de dicho pedido a las partes en el expediente de mención, y sólo el GCBA lo contesta (fs. 158/160) y se opone a la acumulación.

A fs. 164/169 luce agregada copia certificada del dictamen emitido por el Fiscal General a fs. 38/42 del expediente citado, en el que también propicia la acumulación en cuestión.

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. El expediente *sub examine* se encuentra en estado de ser remitido al Fiscal General en los términos del art. 29, inc. 1º, ley 1.903 para, una vez oído el representante del Ministerio Público, dictar sentencia. Por otra parte, el expte. nº 5894, caratulado "Montenegro, Fandor Lucio y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/Electoral —otros" que se tiene a la vista, se encuentra recién en estado de resolver acerca de la competencia del Tribunal, la admisibilidad de la vía intentada y la cautelar impetrada. Es evidente entonces que, aun cuando pudieran considerarse reunidos los restantes requisitos del art. 170, CCAyT aplicable en la especie, no se verifica el recaudo exigido en su inc. 4º que establece, como presupuesto para la acumulación de procesos que "el estado de las causas permita su sustanciación conjunta, sin producir demora perjudicial e injustificada en el trámite del o de los que estuvieren más avanzados".

2. En virtud de lo expuesto no corresponde hacer lugar a la acumulación requerida por el actor a fs. 149 y, atento al estado de autos, debe correrse vista por el término de dos (2) días al señor Fiscal General (art. 26, ley 2145 y 29, inc. 1º, ley 1.903)

Así lo voto.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

Se adhiere a la decisión del señor juez de trámite y aclara que, según el resultado que del litigio pretenden ambas acciones, no parece posible tampoco acumularlas porque los respectivos amparistas no pretenden lo mismo.

La jueza Ana María Conde dijo:

Me adhiero al voto del juez José O. Casás.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *No hacer* lugar al pedido de acumulación de expedientes formulado por la actora a fs. 149.

2º. *Correr* vista de las actuaciones al señor Fiscal General por el término de dos (2) días.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique a las partes y a los actores del expte. nº 5894 "Montenegro, Fandor Lucio y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/ Electoral —otros", y se cumpla.

Los jueces Alicia E. C. Ruiz y Luis F. Lozano no firman por estar con licencia.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde y Julio B. J. Maier.*

LXXX

"MONTENEGRO, FANDOR LUCIO Y OTROS C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/ELECTORAL —OTROS"

AMPARO: Competencia electoral. JUNTAS COMUNALES: Elecciones. Adecuación a las secciones y circuitos electorales. Atribución del Jefe de Gobierno. Legislatura. Padrón electoral. Autonomía de la Ciudad de Buenos Aires.

SUMARIOS:

1. La competencia para convocar a elecciones ha sido atribuida por la CCBA al Jefe de Gobierno (art. 105, inc. 11), y reiterada por la ley 1777 (art. 20, párr. 3º) para el supuesto de elecciones de los integrantes de juntas comunales creadas por el art. 130, CCBA. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y Julio B. J. Maier).*

2. Frente a eventuales casos en que el Jefe de Gobierno no convoque a elecciones en debido tiempo, el art. 80, inc. 22 de la CCBA dispone que corresponde a la Legislatura efectuar tal convocatoria. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y Julio B. J. Maier).*

3. Entre las acciones formales y materiales necesarias para realizar una elección se encuentra la confección del padrón de electores, que es el instrumento que resume el cuerpo electoral y acredita la condición de elector de cada uno de sus integrantes (arts. 2º, 86, 87, 88 y concs., Código Electoral Nacional [CEN]). *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y Julio B. J. Maier).*

4. La elaboración del padrón electoral materializa uno de los aspectos propios y sustanciales de un Estado autónomo como lo es la Ciudad de Buenos Aires conforme al art. 129, C.N., cual es darse sus propias autoridades sin intervención del gobierno nacional. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y Julio B. J. Maier).*

5. Ante la ausencia de pautas constitucionales y legales referidas a la elaboración del registro o padrón de electores nativos, se utiliza para los actos electorales

locales el padrón de electores nacionales confeccionado por la autoridad federal (Justicia Federal Electoral —Ministerio del Interior de la Nación—, arts. 16, 18, 39, 40 y concs., CEN), que en las actuales condiciones es la única que puede determinar el momento en que estará materialmente disponible. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y Julio B. J. Maier).*

6. Las elecciones locales permanecen subordinadas a la utilización del padrón de electores nacionales que lleva la autoridad federal, en tanto la Legislatura de la Ciudad no tome otra decisión que, obviamente, atañe a cuestiones de diseño institucional e involucra a cuestiones políticas, prácticas, económicas, etc., que no es del caso analizar en el *sub examine. (Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y Julio B. J. Maier).*

7. La nueva división de la Ciudad de Buenos Aires en comunas impide que pueda utilizarse el padrón de electores nacionales porque con su ordenamiento actual las secciones no están exactamente contenidas en las 15 comunas creadas por la ley 1777 y sus modificatorias, de manera de permitir una subsunción del nuevo mapa electoral —circuitos inclusive— y, por consiguiente, del padrón de electores. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y Julio B. J. Maier).*

8. La convocatoria a elecciones comunales, desde el punto de vista material, exige actividad no sólo del Juzgado Federal Electoral, sino de las autoridades locales, a los efectos de proporcionar la información necesaria para que dicho juzgado pueda cumplir con su cometido conforme a las pautas establecidas en el art. 39, CEN, enderezadas, en definitiva, a agrupar a los electores en razón de la proximidad de sus domicilios, pero respetando la pertenencia a sus respectivas secciones electorales (art. 39). *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y Julio B. J. Maier).*

Expte. nº 5894/08 - 6/5/2008

VISTO:

el expediente citado en el epígrafe,

RESULTA:

1. Fandor Luciano Montenegro, Ricardo Luis Cuneo, Miguel Mario Clavell y Nahuel Beibe, iniciaron el día 19/2/2008 ante el fuero Contencioso Administrativo y Tributario la demanda de amparo que luce a fs. 1/7, en la que pidieron que "se ordene al GCBA se convoque la primera elección de las Juntas Comunales para el día 10/8/2008, adoptando para ello, y sin demora, todas las medidas de su competencia necesarias a fin de la realización efectiva de dicha elección" (punto 4 del "Petitorio", fs. 7 vta.).

En lo sustancial hicieron hincapié en su calidad de vecinos de la Ciudad de Buenos Aires —que acreditaron con las fotocopias de las constancias pertinentes de sus respectivos DNI, agregadas a fs. 10/14—; en la afectación de su derecho a elegir y ser elegidos y de participar proponiendo y controlando a través de los

Consejos Consultivos Comunales (arts. 1º, 33, 37 y concs., C.N. y 1º, 62, 130, 131 y cláusula decimoséptima, CCBA); en la "arbitraria omisión del demandado de arbitrar los medios y procedimientos necesarios para la sustanciación del acto eleccionario ordenado por el art. 1º de la ley 2405"; y en la presunta falta de respuesta a lo requerido "por la señora Jueza Federal con Competencia Electoral doctora María Servini de Cubría, en su oficio de fecha 18/12/2007, donde solicita la 'urgente aprobación del anteproyecto' remitido al señor Jefe de Gobierno con fecha 26/12/2006 y una ampliación, en $ 1.367.075… de la partida presupuestaria asignada estableciendo como plazo perentorio el 15/2/2008…" (fs. 1/ vta.).

Impetraron también una medida cautelar (fs. 5/6) y ofrecieron la prueba que se detalla a fs. 6 vta./7.

2. De conformidad con el dictamen del Ministerio Público Fiscal de fs. 25, el señor Juez CAyT Nº 8 se declaró incompetente a fs. 27 y remitió las actuaciones al Tribunal Superior de Justicia "en atención a lo dispuesto por el art. 113, inc. 6º, CCBA.

3. El señor Fiscal General emitió opinión a fs. 38/43 y, en lo fundamental, propició la competencia del TSJBA, la desestimación de la cautelar, y la tramitación de la acción de amparo intentada.

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. El Tribunal es competente en función de lo establecido en el art. 113, inc. 6º, CCBA.

2. Sin perjuicio de la legitimación de los actores y de la idoneidad de la vía intentada, la concreta pretensión resumida en el punto 4 del "Petitorio" (fs. 7 vta.) —que "se ordene al Jefe de Gobierno que convoque a elecciones para juntas comunales para el día 10/8/2008, fecha fijada a ese efecto por el art. 1º de la ley 2405"— resulta improcedente.

3. La competencia para convocar a elecciones ha sido atribuida por la CCBA al Jefe de Gobierno (art. 105, inc. 11), y reiterada por la ley 1777 (art. 20, párr. 3º) para el supuesto de elecciones de los integrantes de juntas comunales creadas por el art. 130, CCBA.

4. De conformidad con lo establecido en el art. 54 del Código Electoral Nacional —que en lo que resulta directamente aplicable por las autoridades locales constituye la ley electoral de la Ciudad en los términos del art. 5º de la ley nacional 24.588— la convocatoria debe realizarse por los menos noventa (90) días antes del día de la elección. Luego, resulta claro que el término de mención aun no ha transcurrido, y que su vencimiento operará el día 12 de mayo próximo.

5. Amén de ello es menester señalar que la propia Constitución local establece una herramienta institucional para dar solución a eventuales casos en que el Jefe

de Gobierno no convoque en debido tiempo, pues el art. 80, inc. 22 dispone que corresponde a la Legislatura "convoca[r] a elecciones cuando el Poder Ejecutivo no lo hace en tiempo debido".

6. Por otra parte, en relación a las diversas consideraciones que los actores formulan acerca del presunto incumplimiento de los requerimientos formulados al Poder Ejecutivo local mediante los oficios de fecha 18/12/2007 y 12/2/2008 de la Justicia Federal Electoral, cabe efectuar las siguientes reflexiones.

6.1. Las acciones necesarias para poder realizar una elección para cargos públicos como la mencionada son formales y/o materiales.

6.2. Entre las primeras está fijar la fecha de elecciones —para el caso el 10/8/2008, establecida por la Legislatura en el art. 1º, ley 2405 (*B.O.* 13/9/2007) —, y convocar a elecciones para la fecha fijada —competencia que —como se indicó *supra*— los arts. 20, tercer párrafo de la ley 1777 y 105, inc. 11, CCBA otorgan al Jefe de Gobierno, y el art. 80, inc. 22, CCBA, a la Legislatura para el caso hipotético de que aquél no convoque en debido tiempo.

6.3. Entre las segundas, numerosas por cierto, se encuentra la de confeccionar el padrón de electores con que se llevará a cabo la elección. Sin padrón de electores no puede realizarse un acto comicial pues constituye el instrumento que resume el cuerpo electoral y que acredita la condición de elector de cada uno de sus integrantes (arts. 2º, 86, 87, 88 y concs., CEN).

6.4. La elaboración del padrón electoral materializa uno de los aspectos propios y sustanciales de un estado autónomo como lo es la Ciudad de Buenos Aires conforme al art. 129, C.N., cual es darse sus propias autoridades sin intervención del gobierno nacional. En esas condiciones el Estado autónomo es el único a quien corresponde definir quiénes conforman su cuerpo de electores que podrá votar y elegir a sus autoridades y ello, en definitiva, se traduce en la confección del padrón electoral.

6.5. Ni la Constitución de la Ciudad ni las leyes emanadas de su Legislatura han establecido pautas referidas a la elaboración de su registro o padrón de electores nativos (a quién compete su confección y administración, cómo se lo conforma, con base en qué pautas, etc.). Sí lo ha hecho la ley —aunque parcialmente— en relación al padrón de electores extranjeros, contemplado en la ley 334. Ante esa ausencia, de hecho, se utiliza para los actos electorales locales el padrón de electores nacionales confeccionado por la autoridad federal (Justicia Federal Electoral —Ministerio del Interior de la Nación—, arts. 16, 18, 39, 40 y concs., CEN)

6.6. Esto sucede de hecho pues, aun cuando en algunos aspectos el Código Electoral Nacional (CEN) es ley local en los términos del art. 5º de la ley 24.588, ello no sucede en aquellas cuestiones en que no puede ser directamente aplicado por las autoridades locales. Para el caso todo lo referido a la formación y administración del Registro de Electores Nacionales del distrito y como consecuencia

a la confección del padrón de electores nacionales del distrito a utilizarse en cada acto comicial.

6.7. Es por ello que las elecciones locales están y estarán atadas a la utilización del padrón de electores nacionales que lleva la autoridad federal, en tanto la Legislatura de la Ciudad no tome otra decisión que, obviamente, atañe a cuestiones de diseño institucional e involucra a cuestiones políticas, prácticas, económicas, etc., que no es del caso analizar en el *sub examine*.

6.8. Por otra parte, la nueva división de la Ciudad de Buenos Aires en comunas impide que pueda utilizarse el padrón de electores nacionales —que, como se ha dicho, confecciona y administra la justicia federal electoral— con su ordenamiento actual de 28 secciones electorales y 209 circuitos. Ello es así porque, en primer lugar, las 28 secciones no están exactamente contenidas en las 15 comunas creadas por la ley 1777 y sus modificatorias, de manera de permitir una subsunción del nuevo mapa electoral —circuitos inclusive— y, por consiguiente, del padrón de electores. En segundo lugar, porque los integrantes de cada junta comunal deben ser elegidos por los electores de la respectiva comuna, es decir, que estén domiciliados en ella (art. 20, primer párrafo, ley 1777). En tercer lugar, porque los candidatos deben tener residencia habitual y permanente en la Comuna por la que se postulan, inmediata a la elección, y no inferior a dos (2) años (art. 21, inc. b], ley 1777, salvo la excepción prevista en la cláusula transitoria segunda para la primera elección).

6.9. De ahí entonces la suscripción del Convenio de Cooperación en Materia Electoral entre el Ministerio del Interior y el GCBA (Convenio nº 23 de fecha 15/8/2006, *BOCBA* del 1º/9/2006), y el inicio por parte del Juzgado Federal Electoral de las tareas necesarias para adecuar el padrón de electores nacionales para permitir la realización de las elecciones de comunas.

6.10. Tal adecuación, desde el punto de vista formal y bajo los términos de la ley electoral nacional, exige actividad de distintos actores. Del Poder Ejecutivo nacional que, para el caso de la Capital Federal —no así de las provincias— es a quien incumbe "determinar la división en secciones electorales que corresponda a la Capital de la República" (art. 39, inc. 2º, CEN) y, asimismo, a través del Ministerio del Interior, aprobar el proyecto de delimitación de circuitos que le remita el juez federal electoral (art. 40, inc. 2º, CEN). Del magistrado mencionado, que debe confeccionar el mapa del distrito de su jurisdicción (art. 39, CEN), lo que implica realizar el anteproyecto con los límites exactos de los circuitos (arts. 39 y 40, CEN). De las "autoridades locales", que deben opinar acerca del anteproyecto elaborado por el Juzgado Federal Electoral (art. 40, inc. 1º, CEN).

6.11. Pero también la cuestión desde el punto de vista material exige actividad no sólo del Juzgado Federal Electoral, sino de las autoridades locales, a los efectos de proporcionar la información necesaria para que dicho juzgado pueda cumplir con su cometido conforme a las pautas establecidas en el art. 39, CEN, enderezadas, en definitiva, a agrupar a los electores en razón de la proximidad de sus domicilios, pero respetando la pertenencia a sus respectivas secciones electorales (art. 39, cit.)

6.12. Así se llega entonces a la razón de ser de los requerimientos y consideraciones vertidas por la señora jueza federal electoral del distrito en sus oficios de fecha 26/12/2006, 18/12/2007 y 12/2/2008 dirigidos al titular del Poder Ejecutivo —de los que el Tribunal tiene conocimiento no sólo porque se trata de hechos que incumben a la presente causa, sino porque le han sido comunicados en su condición de Tribunal electoral local, conforme surge de fs. 5/34 del expte. nº 5584/07, "Elecciones año 2008"— y, particularmente, a los detallados en el oficio del 18/12/2007, en los que hacen hincapié los actores en su demanda.

6.13. En él la señora jueza federal electoral describió cuáles eran los obstáculos que aún enfrentaba y cuáles las necesidades y etapas que debían satisfacerse para conformar el nuevo mapa electoral y migrar el registro de electores nacionales del distrito, para que pudiera cumplirse en término con la publicidad del padrón electoral conforme a las normas del CEN y en función de la fecha fijada en el art. 1º de la ley 2405.

6.14. Nótese que, a ese efecto, señaló una fecha —el 15/2/2008— para la que, no sólo explicó que el Gobierno de la Ciudad debería satisfacer los requerimientos que formulaba, sino asimismo indicó que también el Ministerio del Interior debería haber aprobado la nueva delimitación de circuitos.[11] De ahí en más, puntualizó, el juzgado a su cargo estaría en condiciones de migrar el registro de electores nacionales de las 28 secciones y 209 circuitos actuales a las nuevas 15 secciones (comunas) y los nuevos 167 circuitos electorales.

6.15. Llegado a este punto, y en la medida de que la fecha límite aludida —15/2/2008— no la ha impuesto este Tribunal, sólo el JFE es el que puede determinar la utilidad o inutilidad de contar con lo requerido más allá de ella. Esto no significa resignar la competencia que, en materia electoral local, está atribuida por la CCBA a este Tribunal (art. 113, inc. 6º), sino simplemente delimitar lo que le corresponde a él y lo que le corresponde a la Justicia Federal Electoral: en las actuales condiciones *supra* descriptas el padrón de electores nacionales de la Ciudad —que el Tribunal Superior de Justicia utiliza en elecciones locales— lo hace la Justicia Federal Electoral. Luego, sólo ella es la que puede determinar para qué momento estará materialmente disponible.

[11] Textualmente se lee a fs. 30 vta: "En resumen, contando con expresa *aprobación de la autoridad local* (negrita en el original) del anteproyecto oportunamente remitido, definición respecto de las cuestiones atinentes a la asignación a una u otra comuna de los electores cuando resulta materialmente imposible su división, la transferencia en tiempo oportuno de los fondos requeridos para cumplimentar las tareas descriptas y finalmente la aprobación del proyecto de demarcación definitivo por parte del Ministerio del Interior —*todo antes del 15/2/2008* (en este caso el resaltado me pertenece)—; la Ciudad podrá contar… con el padrón de electores adecuado a la Ley de Comunas y actualizado al 12/2/2008 para su exhibición conforme lo establecido por el cronograma electoral…".

6.16. A ello se agrega que, como se ha dicho, el plazo involucraba, asimismo, el cumplimiento de la actividad atribuida por el CEN al Ministerio del Interior.

6.17. Finalmente también es menester destacar que el anteproyecto de delimitación de circuitos cuya aprobación pidió el JFE, era el remitido por dicho juzgado el 26/12/2006 —tal como surge del texto del oficio de fecha 18/12/2007, cuya copia obra a fs. 25/31 del expte. nº 5584/07, "Elecciones año 2008" que tengo a la vista— que debía ser previamente reformulado por el Juzgado Federal Electoral para introducir, tanto las modificaciones a los límites comunales efectuadas por la ley 2.329 sancionada ínterin, en mayo de 2007, como las que necesariamente debía efectuar la Legislatura —por ser el órgano competente— para dar solución a las cuestiones planteadas por el JFE "atinentes a la asignación a una u otra comuna de los electores cuando resulta materialmente imposible su división…", modificaciones estas últimas que se concretaron mediante la ley 2.650 (sancionada el 13/3/2008).

6.18. En otras palabras, mal podía el Poder Ejecutivo "aprobar" el anteproyecto de delimitación de circuitos para el día 15/2/2008 —e incluso posteriormente— cuando éste, necesariamente, debía ser previamente reformulado en lo atinente a los límites comunales establecidos en las leyes mencionadas.

6.19. Lo expresado en los dos apartados precedentes es lo que surge, por otra parte, del nuevo oficio remitido por la señora Jueza Federal Electoral el día 2/5/2008 al Jefe de Gobierno —del que la señora magistrada remitió copia a este Tribunal, y luce agregado a fs. 90/92 del ya mencionado expte. nº 5584/07, "Elecciones año 2008"—, con el que acompañó el anteproyecto *supra* citado —el que remitiera en diciembre de 2006— pero esta vez readecuado a las modificaciones legales aludidas.

6.20. Por otra parte cabe, además, agregar que —como surge de las constancias del expte. nº 5584/07 (fs. 85 y vta.), el GCBA puso a disposición del Juzgado Federal Electoral —el mismo día 15 de febrero 2008— la suma de dinero pedida para afrontar las tareas extraordinarias que realizaría.

7. Por todo lo expuesto, extemporaneidad y, fundamentalmente, la necesidad de satisfacer los recaudos formales y materiales que deben cumplirse para poder realizar una elección, en especial la inexistencia actual de un padrón de electores para un comicio de comunas, cuya elaboración compete a diversos actores, locales y federales, la acción intentada debe ser rechazada *in limine* (art. 5º, ley 2145).

Así lo voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Me adhiero al voto del señor juez de trámite, doctor José O. Casás.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Que se adhiere al voto del señor juez de trámite, el doctor José O. Casás, y desea agregar, respecto del problema planteado, lo siguiente:

El TSJBA y yo, particularmente, cuando me tocó representarlo, advertimos en distintas oportunidades y a varios jefes de GCBA sobre la necesidad de contar con un padrón electoral propio para sostener la autonomía política de la Ciudad. Incluso en esas oportunidades y ante esas autoridades se ejemplificó prácticamente el valor político de un registro electoral al día para lograr esa meta, pues tarde o temprano se presentaría el problema de la falta de coincidencia de los presupuestos sobre los cuales se edifica el padrón federal, que confecciona el Juzgado Federal Electoral, y el padrón idóneo para regir las elecciones en la Ciudad de Buenos Aires. Pues bien, ese problema se presentó ahora con la elección de las comunas, más allá de cualquier otro problema político, y deja a la Ciudad de Buenos Aires en dependencia de órganos administrativos y judiciales federales para la realización de esos comicios.

Lo singular del caso, que vale la pena reseñar sintéticamente, no sólo resulta del hecho de la confección del padrón electoral por una autoridad federal, sino, antes bien, de otros hechos que reseña en detalle el voto del señor Presidente del Tribunal. En primer lugar, respondemos a la solicitud del juez federal electoral que, con problemas acerca de los límites de las comunas, ensaya una solución para que nuestro parlamento sancione una ley conforme a ella. En segundo lugar, superado ese óbice, resulta ser que el padrón, así confeccionado, debe ser sometido a la aprobación del Ministerio del Interior federal, según la ley electoral nacional, condición de la que también dependemos en estos comicios y, mirado más allá, políticamente, depende incluso la división en comunas del territorio porteño.

Como se observa, la advertencia que oportunamente hiciera el TSJBA y yo mismo a los jefes de Gobierno y a las autoridades locales que se interesaron por nuestra opinión, si bien parece ser meramente práctica —confeccionar un registro de electores de la Ciudad— tiene innumerables consecuencias políticas de primer orden. No obstante ello, al parecer, se sigue discutiendo por una fecha en lugar de apostarse a la autonomía política de la Ciudad.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar in limine* la acción planteada a fs. 1/7.

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

Los jueces Alicia E. C. Ruiz y Luis F. Lozano no firman por estar con licencia.

Fdo.: *José O. Casás, Ana María Conde y Julio B. J. Maier.*

LXXXI

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA GENERAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'PALUMBO, MARÍA ELENA; DE LA FUENTE, OMAR CLAUDIO; CÓCERES, ALFREDO GABRIEL Y OTROS S/ARTS. 116 Y 117, LEY 1472 —APELACIÓN—'" Y SU ACUMULADO Nº 5873/08 "MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA GENERAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'PALUMBO, MARÍA ELENA; DE LA FUENTE, OMAR CLAUDIO; CÓCERES, ALFREDO GABRIEL Y OTROS S/ARTS. 116 Y 117, LEY 1472 —APELACIÓN'"

RECURSO DE QUEJA: Efectos suspensivos. Suspensión del proceso judicial. Pena privativa de la libertad de cumplimiento efectivo.

SUMARIOS:

1. La solitaria afirmación que podría ser indebidamente afectado el derecho a la libertad locomotiva del imputado si se hace efectiva la condena de arresto impuesta, no constituye en sí mismo un fundamento automático o suficiente para proceder a la suspensión del proceso. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

2. Las críticas desarrolladas contra el auto denegatorio de los dos recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la decisión que confirmó la sentencia condenatoria de primera instancia son cuanto menos escasas y no permiten reconocer la existencia de un error grosero o de un exceso en la denegación impugnada para conceder la suspensión del proceso. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde)*.

3. Los argumentos vertidos en los distintos recursos brindan fundamentos suficientes para que el Tribunal se aparte de la regla impuesta por el legislador que dispone que la interposición de una queja por recurso de inconstitucionalidad denegado no tiene efecto suspensivo. *(Voto de los señores jueces José O. Casás y Luis F. Lozano).*

4. Como regla, el efecto suspensivo es acordado para aquellos casos en que la queja es admitida; y excepcionalmente, el TSJBA puede suspender el curso del proceso, aun antes de pronunciarse sobre la admisibilidad de la queja, mediante resolución expresa (art. 33, ley 402*). (Voto de los señores jueces José O. Casás y Luis F. Lozano).*

5. La pena privativa de libertad parece imposible de ejecutar —como sucedería con la pena de muerte— antes del último recurso posible, en la jurisdicción local, contra la sentencia que la ordena, por lo que es procedente conceder el efecto suspensivo requerido, de acuerdo con el art. 33 de la ley 402. *(Voto en disidencia del señor juez Julio B. J. Maier).*

6. Dado que ni la pena privativa de la libertad ni la pena de muerte pueden ser ejecutadas antes del último recurso posible —en la jurisdicción local— contra

la sentencia que la ordena, corresponde conceder el efecto suspensivo requerido y, también, extenderlo a los demás condenados (efecto comunicante del recurso por idéntica situación). *(Voto en disidencia del señor juez Julio B. J. Maier).*

Expte. nº 5871/08 - 7/5/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Los imputados Alfredo Gabriel Cóceres, Omar Claudio De la Fuente y María Elena Palumbo fueron condenados a la pena de treinta días de arresto de cumplimiento efectivo y el decomiso de los efectos de su propiedad que habían sido secuestrados oportunamente. La Cámara de Apelaciones confirmó aquella decisión y, frente a ello, se articularon —a favor de los imputados ya nombrados— dos recursos de inconstitucionalidad. Los miembros de la Sala I denegaron ambas presentaciones y, en consecuencia, tanto la defensora del señor Cóceres como la de los imputados De la Fuente y Palumbo interpusieron, separadamente, recurso de queja ante el Tribunal.

2. La defensa del imputado Cóceres, en su presentación directa, solicitó la "suspensión del proceso hasta la resolución de la presente incidencia, atento a que podría ser indebidamente afectado el derecho a la libertad locomotiva del señor Cóceres si se hace efectiva la condena impuesta en el presente".

El juez de trámite ordenó la acumulación de los expedientes mencionados en el epígrafe y, previo a toda otra diligencia, puso a consideración del Tribunal la petición reseñada en el párrafo anterior.

FUNDAMENTOS:

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Con la pena privativa de la libertad sucede algo parecido a aquello que sucedería con la pena de muerte: ambas parecen imposibles de ejecutar antes del último recurso posible —en la jurisdicción local— contra la sentencia que la ordena. En verdad, ambas penas sólo pueden ser objeto de una reparación simbólica, al tiempo de descubrirse —eventualmente— un error, pues al ser humano le está vedado tanto reponer la vida como el tiempo pasado. No de balde se conoce también, desde antaño, que ambas penas aglutinan el máximo poder de coacción del Estado, autorizado por el ordenamiento jurídico, imposible de ser reparado naturalmente con posterioridad.

2. Sin adelantar opinión alguna sobre el destino de las quejas aquí interpuestas, ese simple razonamiento me convence acerca de conceder el efecto suspensivo

requerido por una de las defensoras y, también, sobre la conveniencia de extenderlo a los demás condenados (efecto comunicante del recurso por idéntica situación) que han interpuesto el recurso de queja.

Conforme lo expresa la misma defensora solicitante, el art. 33, párr. 5º, de la ley local 402 concede al TSJBA la competencia para suspender la ejecución de la pena hasta tanto sean resueltos los recursos interpuestos.

La jueza Ana María Conde dijo:

La solicitud de "suspensión del proceso" efectuada en los términos del art. 33, ley 402, por la Defensora General Adjunta en lo Contravencional y de Faltas (fs. 252 vta., segundo párrafo) reclama necesariamente un análisis prematuro y provisorio de estas actuaciones con el objetivo de determinar la verosimilitud o viabilidad de esta petición excepcional. En este sentido, como primera cuestión, considero ineludible remarcar que la solitaria afirmación de "que podría ser indebidamente afectado el derecho a la libertad locomotiva del señor Cóceres si se hace efectiva la condena impuesta", no constituye en sí mismo un fundamento automático o suficiente para proceder de acuerdo a lo peticionado, en tanto, para reconocer una excepción a la "regla general" que presupone la certeza y legitimidad de la resolución del *a quo* que niega toda posibilidad de éxito a una impugnación, naturalmente, se demanda un mayor esfuerzo argumentativo que aquel que se ha realizado en esta presentación.

Como segunda cuestión, adentrándome en el estudio de este sumario y en particular de los recursos directos intentados por ambas representantes del Ministerio Público de la Defensa —atento que la pretendida "suspensión" favorecería a todos los coimputados, más allá de que únicamente una de las recurrentes la requiriera— se advierte que las críticas desarrolladas contra el auto denegatorio (fs. 101/104) de los dos recursos de inconstitucionalidad (a fs. 234/241 y 90/97, respectivamente), oportunamente interpuestos contra la decisión de la Sala I del tribunal *a quo*, que, a su turno, confirmó la sentencia condenatoria de primera instancia, son cuanto menos escasas y no permiten reconocer la existencia de un error grosero o de un exceso en la denegación impugnada. Por el contrario, al margen de lo que corresponda decir luego de que la causa se encuentre en estado de ser resuelta, el estudio anticipado y excepcional que hoy se desarrolla permite apreciar, con claridad, que ambos recursos de hecho no tienen por objeto principal cuestionar los fundamentos expuestos por la Cámara al denegar la vía extraordinaria local, sino que sus quejas se centran en reiterar agravios que han merecido —*en principio*— un tratamiento adecuado y exhaustivo por parte de la alzada o bien en proponer agravios declaradamente intempestivos o tardíos, sin demostrar de un modo concluyente, en ambos supuestos, que aquellos agravios reposan sobre una sólida base constitucional.

Por los argumentos brevemente expuestos voto por *no hacer lugar* a la suspensión solicitada.

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

1. La señora Defensora General Adjunta en lo Contravencional y de Faltas, en la queja presentada en representación del Señor Alfredo Gabriel Cóceres, solicitó "la suspensión del proceso hasta la resolución de la presente incidencia, atento a que podría ser indebidamente afectado el derecho a la libertad locomotiva del señor Cóceres si se hace efectiva la condena impuesta en el presente" (fs. 252 vta.).

2. Aun leyendo en conjunto todos los argumentos vertidos por los distintos recurrentes, ello no brinda fundamentos suficientes para que el Tribunal se aparte de la regla impuesta por el legislador que dispone que la interposición de una queja por recurso de inconstitucionalidad denegado no tiene efecto suspensivo. Dicho efecto sólo es acordado, como regla, para aquellos casos en que la queja es admitida; excepcionalmente, el TSJBA puede suspender el curso del proceso, aun antes de pronunciarse sobre la admisibilidad de la queja, mediante resolución expresa (art. 33, ley 402).

Lo señalado por los recurrentes no alcanza para ver configurado en el caso, en este estado de análisis, un supuesto que permita al Tribunal apartarse de la regla legislativa. La argumentación esbozada no resulta idónea, por insuficiente, para controvertir la presunción de legitimidad de la denegación del recurso de inconstitucionalidad. En ese sentido, el estudio anticipado que se reclama —que, como tal, no exige una evaluación de certeza sobre la existencia del derecho pretendido— no permite constatar, *prima facie*, la existencia de un error o exceso evidente en la denegación impugnada, más allá de lo que se decida en su hora al tratar específicamente el recurso de hecho. Si bien es cierto que la privación de la libertad locomotiva es imposible de ser subsanada en especie, debe entenderse que ello fue sopesado por el legislador al imponer la regla antes descripta que, por lo demás, ningún recurrente tacha de inconstitucional.

3. Por lo expuesto, corresponde denegar la suspensión del proceso requerida a fs. 252 vta.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *No hacer lugar* a la petición de suspensión del proceso efectuada en la presentación de fs. 252/259.

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

La jueza Alicia E. C. Ruiz no suscribe esta resolución por estar en uso de licencia.

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

LXXXII

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA GENERAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'INCIDENTE DE APELACIÓN EN AUTOS COSENTINO, MARCELA Y OTROS S/INF. ART. 116, CC'"

RECURSO DE QUEJA: Sentencia definitiva. Pedido de archivo y sobreseimiento. Gravamen de imposible reparación ulterior. Demora injustificada en el trámite del proceso. DEFENSOR OFICIAL: Exención de pago del depósito.

SUMARIOS:

1. Las resoluciones referidas a medidas o provisiones adoptadas durante el curso del proceso, cuya única consecuencia es la obligación de permanecer sometido a éste, por regla, no reúnen la calidad de sentencia definitiva o equiparable a tal en virtud del art. 27, ley 402. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhiere el señor juez José O. Casás).*

2. La equiparación a sentencia definitiva de una decisión que denegó el pedido de archivo y sobreseimiento, se puede plantear con carácter excepcional, si se demuestra que aquella solución provoca un gravamen de imposible o insuficiente reparación ulterior. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhiere el señor juez José O. Casás).*

3. Los agravios relativos a la duración del proceso y a la interpretación normativa que hizo la Cámara no logran derribar el argumento que sostiene que el plazo previsto para la prescripción de las contravenciones importa una regulación legal de la garantía de duración razonable del proceso, ni explica fundadamente por qué ese plazo no satisface los requerimientos de esa garantía. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante ver voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

4. El imputado no tiene un derecho al sobreseimiento de la causa, previo a la sentencia. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

5. No corresponde intimar al defensor oficial —órgano del ministerio público según la propia, CCBA— para que acredite el pago del depósito previsto como requisito de admisibilidad del recurso de queja. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhieren los señores jueces José O. Casás y Luis F. Lozano).*

Expte. nº 5544/07 - 7/5/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El señor Defensor General, ejerciendo la defensa de Lázaro L. Szlukier, interpuso un recurso de queja (fs. 34/43) contra la resolución de la Sala II de la

Cámara CyF (fs. 30/32), que declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad (fs. 15/29), deducido, a su vez, contra la resolución de Cámara (fs. 47/48) que confirmó la sentencia de primera instancia (fs. 5/6) en cuanto no hizo lugar al pedido de archivo de la causa y al sobreseimiento del imputado —pedido, aquél, fundado sobre la base del transcurso del plazo previsto en el art. 56, inc. 2º, ley 12 (con las modificaciones introducidas por las leyes nº 1287 y 1330), o, en subsidio, de aquel otro plazo previsto en el art. 207, CPPN (aplicable supletoriamente, en opinión de la defensa, en función del art. 6º, ley 12).

Sintéticamente, los jueces de la Sala II tuvieron presente que el recurso de inconstitucionalidad no se dirigía a impugnar una "sentencia definitiva", ni un auto equiparable a ella, toda vez que no ocasionaba a su presentante un gravamen de imposible o tardía reparación ulterior que permitiera habilitar la vía extraordinaria. Añadieron que, en el fondo, los agravios expuestos por el recurrente expresaban su mera discrepancia con la interpretación en materia contravencional del plazo instituido por el mencionado art. 56, inc. 2º (fs. 31).

2. En su recurso directo, el Defensor General sostuvo que la resolución que se impugnó mediante el recurso de inconstitucionalidad denegado debió ser equiparada a una sentencia definitiva, en tanto, si se tuviera que esperar al dictado de una sentencia de mérito, la afectación denunciada se agravaría aún más. Por otra parte, señaló que existe "cuestión federal" por encontrarse en juego el alcance del derecho a obtener un pronunciamiento dentro de un plazo razonable y sin dilaciones indebidas.

3. El señor Fiscal General Adjunto, al contestar la vista conferida y por los fundamentos que expuso en su dictamen (fs. 55/56), opinó que en este caso correspondía equiparar la resolución cuestionada a una sentencia definitiva, hacer lugar a la queja y disponer el archivo de las actuaciones, porque, a su criterio, es "evidente que existe una mora inaceptable por parte del sistema judicial" frente a la "violación inexcusable de los plazos procesales".

FUNDAMENTOS:

La jueza Ana María Conde dijo:

1. La queja interpuesta, aunque lo fue en tiempo y forma legal (art. 33, ley 402), no puede prosperar, porque, en efecto, como lo advirtió el *a quo*, no viene defendiendo un recurso de inconstitucionalidad dirigido contra una *sentencia definitiva*, ni contra una decisión equiparable a ella. En numerosas oportunidades, nuestro Tribunal ha expresado que las resoluciones referidas a medidas o provisiones adoptadas durante el curso del proceso, cuya única consecuencia fuere la obligación de permanecer sometido a éste, por regla, no reúnen esa calidad en virtud del art. 27, ley 402 ("Ministerio Público —Defensoría en lo Contravencional y de Faltas Nº 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Posta, Felipe y Berbegall, Rodolfo s/inf. ley 255 —apelación'", expte. nº 3338, sent. del 1º/12/2004; entre otros).

En ese orden parece evidente que la resolución inicialmente objetada, en cuanto confirmó el rechazo de un pedido de archivo y sobreseimiento del supuesto contraventor, más allá de su acierto o error, no puso fin al proceso ni imposibilitó que aquél continuase según sus cauces normales. Frente a tal escenario y a fin de que este Tribunal resolviera *excepcionalmente* equiparar esa decisión a definitiva (anticipando una intervención prevista —por regla— para otro momento), el recurrente debió esforzarse en argumentar que dicha resolución le provocaba un gravamen que resultara, a más de constitucional, de imposible o insuficiente reparación ulterior. En efecto, aunque el Defensor General explica que, a su criterio, se encontraría excedido el "plazo máximo" de duración de la investigación y que ello implicaría —también a su criterio— una afectación del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable (arts. 8.1, CADH y 14.3.c, PIDCyP), no logra demostrar que en este caso exista una demora indebida o injustificada en la tramitación del proceso, ni presenta un argumento mínimamente convincente que autorice a concluir que el plazo de prescripción establecido por el ordenamiento contravencional (art. 42, ley 1472) —a falta de uno específico para la "investigación preliminar"— resulta irrazonable o excesivo para practicar la investigación de una conducta como la que se intenta perseguir, ni muestra de qué manera el mero acaecimiento de un plazo legal pudo ocasionarle al imputado un gravamen de tal magnitud que justifique un archivo o un sobreseimiento, y, finalmente, tampoco agrega razones plausibles que permitan sostener que resulta imperiosa u obligatoria la aplicación —"analógica"— de la norma que considera inobservada.

En tal sentido, la propuesta del Defensor General radica en que debió aplicarse a este caso una norma infraconstitucional referida al plazo previsto expresamente para la 'investigación *penal* preparatoria' (art. 56.2, ley 12), plazo que, en su opinión, tendría carácter fatal y perentorio a pesar de que el tribunal *a quo* haya interpretado lo contrario en diferentes precedentes (entre otros: "Petracona" y "Tosto"), sosteniendo que la inobservancia de esta regla resulta violatoria del derecho constitucional a ser juzgado dentro de un plazo razonable. Sin embargo, más allá de que el interesado no logra fundamentar de forma apropiada por qué motivo correspondería aplicar "analógicamente" aquella regla a la materia contravencional y al margen de que su proposición prescinde de un análisis serio acerca de las razones por las cuales entiende que esa norma procesal, necesariamente, constituye una reglamentación del derecho invocado, no pierdo de vista que, en definitiva, como lo reconoce el propio quejoso (fs. 39), la mayoría de este Tribunal se ha pronunciado en un sentido similar al que expongo en este voto. En rigor de verdad, dado que en aquellas oportunidades se trataba de causas *penales* ("Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Incidente de excepción de falta de acción en autos: 'Petracona, Miguel Ángel s/inf. art. 189 bis, párr. 3º del C.P. —apelación'", expte. nº 4169, sent. del 22/2/2006; o "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 1—s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Tosto, José Néstor s/inf. art. 189 bis del C.P.'", expte. nº 4178, sent. del 22/2/2006), esto es,

estaba fuera de toda discusión si correspondía o no aplicar dicha norma, con mayor razón se impone adoptar ese criterio en una causa contravencional. Ello así, porque no resultaría adecuado desconocer que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha confirmado el razonamiento expuesto por la mayoría de este Tribunal al decir que el "recurso extraordinario, cuya denegación dio origen a esta queja, *no se dirige contra una sentencia definitiva o equiparable a tal* (art. 14 de la ley 48)" (p. 535. XLII, "Recurso de hecho deducido en autos 'Petracona, Miguel Ángel s/infracción art. 189 bis, párr. 3º del C.P. —causa 4169/05—'", sent. del 31/10/2006; o t. 282. XLII "Recurso de hecho deducido en autos 'Tosto, José Néstor y otros s/infracción art. 189 bis del C.P. —causa 4178/05—'", sent. del 19/9/2006).

2. Por las razones que dejo expuestas voto por *rechazar* esta queja e *intimar* la integración del depósito de ley.

El juez José O. Casás dijo:

Adhiero al voto de la doctora Ana María Conde, en tanto propone el rechazo de la queja interpuesta a fs. 34/43.

En pocas palabras, en el caso no se ha logrado demostrar que la decisión de la Cámara que confirmó el rechazo de un pedido de sobreseimiento y archivo de las actuaciones pueda ser equiparada a una *sentencia definitiva* en virtud de los efectos que produce en cabeza del imputado. Por lo demás, cabe consignar que la información contenida en la certificación obrante a fs. 54 —al dar cuenta de la fecha prevista para la audiencia de juicio (entre el 5 y 12/3/2008)— coadyuva para concluir que la intervención reclamada no resulta pertinente (doctrina de *Fallos,* 301:197, a *contrario sensu*). Por ello, corresponde rechazar la queja.

Más allá de la postura que he venido sosteniendo en el sentido de que, en casos como el que nos ocupa, correspondería intimar la integración del depósito previsto en el art. 34, LPTSJ, soy consciente de que para arribar a una mayoría en el *sub lite* —por la circunstancia excepcional de deliberar y decidir el Tribunal con sólo cuatro de sus integrantes— bien puedo someterme, en este caso, a la tesis que en definitiva ha triunfado en este Estrado por mayoría y que suscriben en esta oportunidad los doctores Lozano y Maier, fijando doctrina legal, en el sentido de que tal emplazamiento no debe hacerse.

Así lo voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Comparto lo dicho por mis colegas en cuanto a que la sentencia contra la que fue dirigido el recurso de inconstitucionalidad no es una definitiva ni puede ser equiparada a tal, toda vez que el recurrente no demuestra la existencia de un perjuicio de imposible reparación ulterior. Como principio, las decisiones referidas a medidas o provisiones adoptadas durante la tramitación del proceso no constituyen sentencia definitiva en el sentido del art. 27 de la ley 402 (conf. TSJBA *in re* "Ministerio Público —Defensoría en lo Contravencional y de Faltas Nº 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Posta, Felipe y Berbegall, Rodolfo

s/infracción ley 255 —apelación'", expte nº 3338/04, resolución del 1º/12/2004 y sus múltiples citas).

No varía lo dicho la circunstancia de que la defensa oficial funde su apelación en el derecho a la duración razonable del proceso (arts. 8.1 de la CADH, 14.3 del PIDCyP, 75, inc. 22 de la C.N. y 10 de la CCBA), cuya tutela justificaría excepcionalmente equiparar la resolución impugnada a una definitiva (*Fallos,* 301:197; 306:1688, entre otros), puesto que en el *sub lite* dicho planteo esconde uno estrictamente limitado a la interpretación de leyes de naturaleza local y común mientras que las cláusulas supralegales invocadas carecen de relación directa con lo resuelto (conf. mi voto *in re* "Ministerio Público —Defensoría en lo Contravencional y de Faltas Nº 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Curibanco Carrión, Elmer Wilman s/inf. art. 189 bis del C.P.'", expte. nº 4800/06, 28/11/2006). A lo expuesto cabe agregar que, tal como lo pone de resalto mi colega José O. Casás, la certificación de fs. 54 da cuenta de que ya se encuentra prevista la fecha para la audiencia de juicio, fecha que, por lo demás, es anterior a este pronunciamiento. La circunstancia de que pueda establecerse con suficiente certeza cuándo será dictada la sentencia también resulta un factor determinante para no equiparar la sentencia que rechaza la solicitud de archivo de las actuaciones a definitiva.

En ningún pasaje el recurso demuestra que las leyes procesales determinen la excesiva extensión del proceso sin justificativo válido, así como tampoco pone de resalto que la interpretación realizada por el juez de las normas que reglan el procedimiento sea una que impone una mayor demora con relación a otras igualmente posibles y que arribarían a similares resultados para el proceso.

El recurrente desarrolla su agravio relativo a la duración del proceso sobre dos pilares. El primero se vincula con la aplicación a las contravenciones del plazo previsto en el art. 56, inc. 2º, ley 12 (incorporado por la ley 1287) o el del art. 207 del CPPN, y la interpretación que de esos preceptos hizo la Cámara. Como dije, en definitiva, ese cuestionamiento tiene como única base la supuesta violación a la ley local en lo que respecta al plazo en el que debe desarrollarse *una* de las etapas procesales: la investigación preparatoria. Luego, leído a su mejor luz, el recurso busca apoyo en que, en el estado de las actuaciones, teniendo en cuenta el tiempo que ha insumido el proceso, se determinará, necesariamente, la vulneración del plazo razonable. A este respecto el recurrente no desarrolla argumentos suficientes que permitan deducir cómo arriba a esa conclusión en el caso que nos ocupa. Tampoco logra derribar el argumento, esgrimido por los tribunales de mérito, que sostiene que el plazo previsto para la prescripción de las contravenciones importa una regulación legal de la garantía de duración razonable del proceso, ni explica fundadamente por qué ese plazo no satisface los requerimientos de la garantía citada.

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

3. Por lo expuesto, voto por rechazar la queja interpuesta a fs. 34/43.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Es correcto afirmar que el recurso de inconstitucionalidad no se dirige contra una sentencia definitiva (conf. mi voto *in re* "Ministerio Público —Defensoría en lo Contravencional y de Faltas Nº 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Ponzoni, Manuel Eduardo s/infracción art. 189 bis, párr. 3º, del C.P.'", expte. nº 4170/05, resolución del 10/2/2006; en el mismo sentido "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Incidente de excepción de falta de acción en autos: Petracona, Miguel Ángel s/inf. art. 189 bis, párr. 3º del C.P. — apelación'", expte. nº 4169/05, resolución del 22/2/2006; "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Tosto, José Néstor s/inf. art. 189 bis del C.P.'", expte. nº 4178/05, resolución del 22/2/2006). En efecto, el rechazo del sobreseimiento significa que el proceso seguirá su curso hacia esa sentencia. Una vez que ella se dicte, si afecta al pupilo del recurrente, entonces el agravio cobrará virtualidad para el recurso de inconstitucionalidad sobre la base del plazo razonable expuesto por el señor Defensor General.

2. Es también correcto afirmar que al negarse el sobreseimiento y seguir su curso la persecución, el eventual vencimiento del plazo razonable y el hecho de continuar el procedimiento, producirá una agravación de la lesión del plazo razonable, si ella existiera. Pero estimo que la defensa no ha reparado en que el imputado no tiene un derecho al sobreseimiento de la causa, previo a la sentencia, pues, si lo tuviera, cualquier absolución, fundada en cualquier otra causa, produce el mismo efecto que denuncia el quejoso. Con ello creo demostrar que ésta no es la oportunidad para pensar equiparar una situación a la de la sentencia definitiva, más allá de que la misma equiparación me parece un absurdo lógico.

3. Por lo tanto, me pronuncio en el sentido de rechazar la queja.

4. Por último, y frente al rechazo de la queja expresado en los párrafos precedentes, debo aclarar que, según lo expuse en reiteradas ocasiones (ver, *inter alia*, mi resolución como juez de trámite en "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 3— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Ábalos, Oscar Adrián s/art. 71 CC —apelación'", expte. nº 1509/02: interpretación sistemática del art. 34, II, ley 402 y art. 3º, inc. a], ley 327), no corresponde intimar al defensor oficial —órgano del Ministerio Público según la propia, CCBA— para que acredite el pago del depósito previsto como requisito de admisibilidad de un recurso de queja, interpuesto a favor de su pupilo y relativo a un recurso de inconstitucionalidad denegado.

Por ello, emitido el dictamen por el señor Fiscal General Adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. Rechazar la queja agregada a fs. 34/43.

2º. Mandar que se registre, se notifique y oportunamente se remita esta queja a la Sala II de la Cámara CyF.

La jueza Alicia E. C. Ruiz no suscribe esta resolución por estar en uso de licencia.

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

LXXXIII

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA OFICIAL EN LO CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS Nº 6— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'ZORRILLA, MIRIAM JUDITH Y ONISZCZUK, CARLOS ALBERTO S/INFR. ARTS. 116 Y 117, CC'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Cuestión local. Interpretación de normas procesales. Cuestiones de hecho y prueba.

SUMARIOS:

1. El pronunciamiento que, fundado en la interpretación de normas procesales, se limitó a resolver sobre la admisibilidad de un recurso de índole local resulta, por regla, ajeno al ámbito del art. 14 de la ley 48. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano al que adhieren los señores jueces José O. Casás y Julio B. J. Maier).*

2. Los agravios del recurrente remiten, exclusivamente, al análisis de cuestiones de hecho, prueba y derecho local que exceden la intervención de la CSJN a través del recurso extraordinario federal. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano al que adhieren los señores jueces José O. Casás y Julio B. J. Maier).*

3. La defensora de grado no ha logrado articular suficientemente una cuestión de naturaleza constitucional, sino que, solamente, ha expuesto un mero desacuerdo con cuestiones de hecho y prueba, por regla, ajenas a cualquier instancia extraordinaria, local o federal. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

Expte. nº 5422/07 - 7/5/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Defensor General de la Ciudad interpuso recurso extraordinario federal (fs. 64/84) contra la decisión de este Tribunal de fecha 20/2/2008, mediante la cual se rechazó el recurso de queja agregado a fs. 24/30.

El recurrente solicita la apertura de la vía extraordinaria federal por considerar que la resolución del TSJBA (que tildó de arbitraria) lesionó, por un lado, el derecho de defensa, en tanto hizo pesar un error de la asistencia técnica del imputado en perjuicio de este último y avaló, por otro, las siguientes afectaciones constitucionales: *a)* vulneración de la garantía de defensa en juicio, de las reglas del debido proceso y de los principios de inmediación, de publicidad y acusatorio, por la incorporación por lectura, como prueba de cargo, de un testimonio que no pudo ser controlado por la defensa; *b)* arbitrariedad al momento de formular la adecuación típica de la conducta imputada, cuestión que, debido a la ausencia de análisis argumentativo del material probatorio que se enunció en la sentencia —y en razón del modo en que se aplicaron las reglas sobre el concurso de hechos y el de leyes—, "implic[ó] una afectación directa al principio de legalidad en orden a la tipicidad" (fs. 78); y *c)* desconocimiento de los principios de culpabilidad, proporcionalidad y lesividad "puestos de relieve en la falta de fundamentación de la pena impuesta" (fs. 80 vta.).

2. El Fiscal General Adjunto, al momento de contestar el traslado conferido (fs. 89/91), señaló que el recurso extraordinario federal intentado debe declararse inadmisible porque no plantea ninguna cuestión constitucional, en los términos de la ley nacional 48. Asimismo, agregó que los motivos de agravio vinculados a la ponderación de la pena no se introdujeron en el momento procesal oportuno y, por lo tanto, no fueron objeto de decisión de los jueces de mérito.

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. El pronunciamiento de fs. 41/50 que, fundado en la interpretación de normas procesales, se limitó a resolver sobre la admisibilidad de un recurso de índole local resulta, por regla, ajeno al ámbito del art. 14 de la ley 48 (*Fallos*, 285:410; 286:136; 302:418 y 308:1577, entre muchos). A su vez, la resolución que venía recurrida —que confirmó la condena impuesta al señor Oniszczuk como autor contravencionalmente responsable de las conductas previstas por los arts. 116 y 117, del CC— estaba sustentada en razones no federales cuya arbitrariedad no demostró la defensa.

En tales condiciones, las cláusulas constitucionales invocadas carecen de relación directa con el pronunciamiento impugnado porque los agravios del recurrente remiten, exclusivamente, al análisis de cuestiones de hecho, prueba y derecho local que exceden la intervención de la CSJN en la vía intentada (v. gr. peso probatorio de cada una de las constancias valoradas por los jueces de mérito y existencia de lesión al interés público ocasionado por un juego que, por sus características, no calificaron como "costumbrista o no regulado").

2. Por su parte, el menoscabo del art. 18 de la C.N. fundado en que el hecho punible careció de una precisa determinación tanto en la requisitoria fiscal como en la sentencia de condena (fs. 77) es fruto de una reflexión tardía, que impidió la discusión y fenecimiento del debate sobre el punto en la jurisdicción local, presupuesto indispensable para habilitar la revisión federal pretendida. Lo mismo ocurre, como afirma el señor Fiscal General Adjunto, con los agravios agrupados bajo el título "*Quantum* de la pena" (fs. 80). La simple lectura de los recursos de inconstitucionalidad y de queja pone en evidencia que la ponderación de la pena y la errónea determinación del hecho imputado no fueron objeto de controversia, al menos, ante el máximo tribunal local, razón suficiente para denegar a su respecto el recurso extraordinario federal planteado.

El juez José O. Casás dijo:

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

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Acompaño los fundamentos y la solución propuestas por el señor juez de trámite. Como ya lo expresé en mi voto en esta causa, el defensor insiste en agraviarse por cuestiones de hecho y de valoración de la prueba, que no presentan contenido constitucional. Esto ha motivado el rechazo de la queja y sirve ahora también para denegar el recurso extraordinario federal, por falta de cuestión federal.

2. En cuanto a la supuesta arbitrariedad de la sentencia, entiendo que su invocación no significa otra cosa que el propio agravio que le causa al recurrente la decisión contraria a su interés, y no constituye un motivo de recurso extraordinario, tal como sostuve al rechazar la queja (ver, además, punto 3 de mi voto en "Clínica Fleming s/recurso de inconstitucionalidad concedido en 'Clínica Fleming s/art. 72, CC —incidente clausura— apelación'", expte. nº 1215, resolución del 19/12/2001 —y sus citas—, y en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 3565, resolución del 26/5/2005, entre otros).

3. Por estas razones, voto por denegar el recurso extraordinario federal interpuesto por la defensa del señor Oniszczuk.

La jueza Ana María Conde dijo:

Más allá de que podría compartir los argumentos que el señor juez de trámite, Luis Lozano, expone para concluir que la resolución objetada reposa en razones no federales que privan a lo resuelto por este estrado de relación directa con las garantías constitucionales mencionadas, entiendo que aún es posible hacer algunas consideraciones accesorias vinculadas con la alegada "afectación del derecho de defensa en juicio" supuestamente ocasionada por los magistrados que integramos este Tribunal (fs. 71 vta./73). Sintéticamente el Defensor General impugnó el tratamiento brindado por esta instancia a las presentaciones de la defensora de

grado, puesto que, según su lectura de lo decidido, al margen de que se "reconoció la falta de piezas procesales como una cuestión esencial para la autosuficiencia del recurso", "el rechazo de la queja derivó directamente de la deficiencia cometida por la defensa técnica y no de un análisis argumentativo de las cuestiones constitucionales", lo cual a su entender "implicó, justamente, reconocer que el imputado no contó con la asistencia técnica necesaria (*Fallos,* 329:2569; 296:65)" (fs. 73). En realidad, esa denuncia sólo puede ser entendida como una crítica a mi voto, pues mis colegas, con fundamentos suficientes e independientes, abordaron cada uno de los agravios propuestos por la defensora pública. En consecuencia, aquel cuestionamiento amerita algunas precisiones, en tanto, en rigor, es éste y no otro el motivo que me conmueve a rechazar esta nueva presentación.

En primer lugar, es preciso indicar que resulta cuanto menos llamativo que el recurrente intente explicar que "[l]a cédula librada por el TSJBA contenía un domicilio distinto al de la sede de la Defensoría", o que en otra cédula "se consignó nuevamente en forma equivocada el domicilio constituido" (ambas citas obran a fs. 69), en tanto aquella explicación, lejos de atribuir algún error a nuestro Tribunal —como parece insinuarlo el recurrente— o de justificar la falta de presentación de la defensora de grado, sólo pone al descubierto otra circunstancia preocupante, pues basta con leer las actuaciones para advertir que ambas cédulas fueron diligenciadas al domicilio que la señora defensora oficial expresamente constituyó en la queja (a fs. 24). Dicho de otro modo, la suerte de explicación esbozada por el Defensor General sólo parece imputar otra equivocación a la defensora en cuanto a la denuncia del domicilio de su dependencia, circunstancia que —en lo que aquí importa— no reviste mayor relevancia, pues, en definitiva, no existe controversia o discusión en orden a la efectiva notificación de esta primera intimación que nunca fue satisfecha y que —según mi voto— provocó el rechazo de su queja ante este Tribunal (el propio recurrente asume, como no puede ser de otra forma, que esta cédula "fue recibida por un empleado de dicha dependencia"; fs. 69).

En segundo lugar, a diferencia de lo que cree el Defensor General, no se advierte en este expediente ninguna circunstancia concreta que ponga de manifiesto una transgresión a la defensa en juicio del encartado, puesto que, en verdad, con independencia de la no subsanación de las deficiencias de la queja oportunamente desestimada, la defensora de grado no habría logrado articular suficientemente una cuestión de naturaleza constitucional, sino que, solamente, habría expuesto un mero desacuerdo con cuestiones de hecho y prueba, por regla, ajenas a cualquier instancia extraordinaria, local o federal, tal como lo entendieron mis distinguidos colegas. No encuentro razón alguna para sostener que el "asesoramiento técnico" brindado por una integrante de su ministerio haya sido ineficaz o defectuoso, pues, de haber sido así, como integrante de este Tribunal no hubiese dudado en apartar, o reemplazar, a la defensora que le precedió en su actuación (*Fallos,* 329:4248, entre otros). Es sencillo, si bien no es función de nuestro Tribunal, en el marco de un recurso de inconstitucionalidad, subsanar las deficiencias técnicas de los defensores

—públicos o privados— en sus presentaciones, muy distinta hubiera sido mi opinión en autos si hubiese observado alguna circunstancia excepcional que me persuadiera sobre la necesidad de adoptar los recaudos necesarios a los efectos de resguardar el derecho de defensa en juicio o la voluntad recursiva del presunto contraventor, quien por cierto ni siquiera suscribió el recurso de inconstitucionalidad (fs. 17 vta.) o la queja contra la denegatoria de aquél (fs. 30 vta.).

En tercer lugar, más allá de que la intimación incumplida fue realizada en los términos de una norma procesal local (art. 33, ley 402) para que la defensora oficial del encartado diera cumplimiento a las mínimas exigencias formales y materiales de toda impugnación (conf. mi voto a fs. 47), difícilmente puede pensarse que la CSJN, frente a una situación análoga a la suscitada en este caso —ante un recurso extraordinario federal o directo—, tolere una inobservancia como la antes señalada sin declarar operada "la perención de la instancia" (*Fallos,* 329:2896 o M.939. XLIII. Recurso de hecho deducido por "Muñoz, Alberto R. s/homicidio en estado de emoción violenta agravado por el uso de arma de fuego y portación ilegítima de arma de fuego de uso civil en concurso real —causa 724/04—", resolución del 18/3/2008; entre otros), "tener por no presentado" el escrito o por "inadmisible" el recurso interpuesto (art. 280, CPCCN), o bien, en la actualidad, por "inoficiosa" esa presentación (Acordada 4/07 publicada en el *B.O.* nº 31120 del 21/3/2007). En tal sentido, no parece ocioso tener presente que recientemente el alto Tribunal resolvió, en una causa penal en la que el imputado se encontraba privado de libertad, declarar "inadmisible" la queja, porque, básicamente, el recurrente no había aportado la carátula y "determinadas copias simples" (J.97.XLIII. Recurso de hecho deducido por "Jiménez, José Arnaldo y otros s/causa nº 85.381", rta. el 26/3/2008). Huelga recordar que el recurso de inconstitucionalidad (conf. arts. 113.3, CCBA, 26.4, ley 7, 53, ley 12, 27, ley 402), o la queja contra su denegatoria, constituye una vía impugnativa de naturaleza excepcional y, como tal, requiere de una especial observancia de las exigencias de forma y contenido, observancia ésta que, justamente, no se comprobó en el recurso deducido ante este estrado.

Por lo expuesto, voto por *denegar* el recurso extraordinario federal.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal agregado a fs. 64/84.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se cumpla con lo ordenado a fs. 50, punto 2.

La jueza Alicia E. C. Ruiz no suscribe esta resolución por estar en uso de licencia.

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

LXXXIV

"TÓRTORA, CARLOS ALFREDO C/GCBA Y OTRA S/AMPARO"

AMPARO: Naturaleza y caracteres. Competencia electoral.
JUNTAS COMUNALES: Elecciones. Adecuación a las secciones y circuitos electorales. Atribución del Jefe de Gobierno. Legislatura. Padrón electoral. Autonomía de la Ciudad de Buenos Aires. Derecho a elegir y a ser elegido.

SUMARIOS:

1. La pretensión de que se declare la inconstitucionalidad de la omisión de la Jefatura de Gobierno y de la Legislatura de la Ciudad de convocar a elección de Juntas comunales exige un debate que excede el marco cognoscitivo del instituto de la acción e amparo, rápida y expedita prevista en el art. 14 de la CCBA *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde).*

2. Compete al Jefe de Gobierno convocar a elecciones de los integrantes de juntas comunales creadas por el art. 130, CCBA (art. 105, inc. 11, CCBA y art. 20, tercer párrafo, ley 1777). *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde).*

3. Entre las acciones formales y materiales necesarias para realizar una elección como la requerida en autos, se encuentra la confección del padrón de electores, que es el instrumento que resume el cuerpo electoral y acredita la condición de elector de cada uno de sus integrantes (arts. 2º, 86, 87, 88 y concs., CEN). *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde).*

4. Frente a eventuales casos en que el Jefe de Gobierno no convoque a elecciones en debido tiempo, corresponde a la Legislatura efectuar tal convocatoria (art. 80, inc. 22, CCBA). *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde).*

5. La elaboración del padrón electoral materializa uno de los aspectos propios y sustanciales de un estado autónomo como lo es la Ciudad de Buenos Aires conforme al art. 129, C.N., cual es darse sus propias autoridades sin intervención del gobierno nacional. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde).*

6. Ante la ausencia de pautas constitucionales y legales referidas a la elaboración del registro o padrón de electores nativos, se utiliza para los actos electorales locales el padrón de electores nacionales confeccionado por la autoridad federal (Justicia Federal Electoral —Ministerio del Interior de la Nación—, arts. 16, 18, 39, 40 y concs., CEN), que en las actuales condiciones es la única que puede determinar el momento en que estará materialmente disponible *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde).*

7. Las elecciones locales están atadas a la utilización del padrón de electores nacionales que lleva la autoridad federal, en tanto la Legislatura de la Ciudad no tome otra decisión que, obviamente, atañe a cuestiones de diseño institucional e involucra a cuestiones políticas, prácticas, económicas, etc., que no es del caso analizar en el *sub examine*. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde).*

8. La nueva división de la Ciudad de Buenos Aires en comunas impide que pueda utilizarse el padrón de electores nacionales porque las secciones no están exactamente contenidas en las 15 comunas creadas por la ley 1777 y sus modificatorias, de manera de permitir una subsunción del nuevo mapa electoral —circuitos inclusive— y, por consiguiente, del padrón de electores. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde).*

9. La convocatoria a elecciones comunales, desde el punto de vista material, exige actividad no sólo del Juzgado Federal Electoral, sino de las autoridades locales, a los efectos de proporcionar la información necesaria para que dicho juzgado pueda cumplir con su cometido conforme a las pautas establecidas en el art. 39, CEN, enderezadas, en definitiva, a agrupar a los electores en razón de la proximidad de sus domicilios, pero respetando la pertenencia a sus respectivas secciones electorales (art. 39.). *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde).*

10. Para que exista una causa susceptible de decisión jurisdiccional por los órganos permanentes del Poder Judicial que crea la CCBA es necesario que se presente una controversia acerca de una pretensión que verse sobre una relación jurídica concreta a cuyo respecto quepa adoptar una decisión que le ponga fin definitivamente. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

11. El retraso en que el Gobierno hubiera incurrido arbitraria o ilegítimamente, para convocar a elecciones comunales, no produce ningún menoscabo directo ni inmediato a los derechos a elegir y a ser elegido invocados por el amparista. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

12. Aun cuando las normas den nacimiento a obligaciones de la Legislatura o de otros órganos (Poder Ejecutivo), ellas no serían por sí solas correlatos de derechos, de un ciudadano, susceptibles de ser invocados por él ante los estrados judiciales, porque no todos los deberes de los órganos políticos pueden serles reclamados por cada ciudadano en juicio sino que hay algunos que solamente pueden serlo en las urnas. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

13. Mientras los poderes políticos locales no confeccionen un padrón propio, adecuado a los comicios que determina, en principio, la CCBA, la Ciudad seguirá dependiendo del que confeccione el Estado federal y, con ello, de la intervención de diferentes órganos de gobierno y judiciales del Estado federal, cuya participación está prevista por la ley electoral nacional, intervención que, por supuesto, condicionará los comicios locales. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

14. De conformidad con el art. 105, inc. 11, de la CCBA, el Jefe de Gobierno tiene el deber de convocar a elecciones locales, y el remedio para una omisión no está representado por una sentencia del TSJBA de la Ciudad por la vía del amparo, sino por la facultad concedida a la Legislatura de la Ciudad (art. 80, inc. 22, CCBA), de convocar a elecciones cuando el Poder Ejecutivo no lo hace en tiempo debido. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

Expte. nº 5912/08 - 9/5/2008

VISTO:

el expediente citado en el epígrafe,

RESULTA:

1. El señor Carlos Alfredo Tórtora —quien invoca la calidad de ciudadano y vecino de la Ciudad— interpone acción de amparo (fs. 15/22) "contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos... y contra la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires, por su negligencia en dar cumplimiento al mandato contenido en el art. 80, inc. 22, de la CCBA, de convocar a elecciones cuando el Poder Ejecutivo no lo hace en tiempo" (ver "Exordio" a fs. 15) y, concretamente, pide que se "declar[e] la inconstitucionalidad de la omisión de la Jefatura de Gobierno y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a convocar a elección de juntas comunales" (ver "Petitorio", punto 3, a fs. 21 vta./22).

En sustancia, fundamenta su planteo en el plazo fijado en la cláusula transitoria Décimo séptima, CCBA, para hacer la primera elección de juntas comunales, en la fecha del 10/8/2008 establecida en el art. 1º de la ley 2.405, en las normas del Código Electoral Nacional que regulan la convocatoria a elecciones y la confección de las listas provisionales de electores, en que "el Jefe de Gobierno no cumplió con su obligación de empeñar la máxima diligencia para poner en marcha el proceso electoral...", y en que "la Legislatura como cuerpo ni siquiera deliberó sobre la necesidad de suplir la omisión del Ejecutivo y hacer uso de las atribuciones que la constitución le confiere convocando ella misma a la elección de comunas...".

Sostiene que se encuentran afectados, en particular, sus derechos a elegir y ser elegido (art. 37, C.N., y "art. 20 de la DADDH"), y en general los derechos que le otorga el art. 10, CCBA.

Solicita también, como medida cautelar, que se "orden[e] a la jefatura de Gobierno de la Ciudad que cumpla con el mandato legal de convocar a elección de juntas comunales en el término máximo del 10/5/2008. Y en el caso de incumplimiento de la orden judicial, se intime a la Legislatura de la ciudad a que en un plazo de 72 horas proceda a convocar a elecciones comunales".

2. A fs. 24/28 emite su dictamen el señor Fiscal General, y propicia declarar inadmisible la acción intentada en autos.

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. El Tribunal es competente en función de lo establecido en el art. 113, inc. 6º, CCBA.

2. Sin perjuicio de la legitimación del actor, el planteo debe ser rechazado *in limine.*

3. Ello es así porque, por un lado, la concreta pretensión articulada —que se "declar[e] la inconstitucionalidad de la omisión de la Jefatura de Gobierno y de la Legislatura de la Ciudad a convocar a elección de juntas comunales"— no se condice con la naturaleza de la acción intentada —rápida y expedita—, pues, como se verá a continuación, es notorio que exige un debate que excede el margo cognoscitivo del

instituto previsto en el art. 14, CCBA. Ello sin perjuicio de constatarse el evidente vencimiento del plazo estipulado en la cláusula décimo séptima del plexo constitucional local que, en rigor, es lo único que resultaría manifiesto, en la medida de que la omisión que el actor hoy imputa formalmente a la Jefatura de Gobierno y a la Legislatura de la Ciudad, materialmente, involucraría en realidad —de una u otra manera— a casi todas las administraciones que ejercieron dicha Jefatura y a casi todas las composiciones del parlamento local desde el año 1996 a la fecha.

4. Por otro lado, porque, amén de esa pretensión, el planteo trasunta como objeto que se convoque a elecciones para el día 10/8/2008, fecha fijada en el art. 1º de la ley 2405— de hecho a ello apunta la medida cautelar que también se impetra—, y tal extremo resulta inconducente e improponible por las razones que expresé al resolver en la causa "Montenegro, Fandor Lucio y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/Electoral —otros", expte. nº 5894, resolución del 6/5/2008, que a continuación transcribo.

> *3.* La competencia para convocar a elecciones ha sido atribuida por la CCBA al Jefe de Gobierno (art. 105, inc. 11), y reiterada por la ley 1777 (art. 20, tercer párrafo) para el supuesto de elecciones de los integrantes de juntas comunales creadas por el art. 130, CCBA.
>
> *4.* De conformidad con lo establecido en el art. 54 del CEN —que en lo que resulta directamente aplicable por las autoridades locales constituye la ley electoral de la Ciudad en los términos del art. 5º de la ley nacional 24.588— la convocatoria debe realizarse por los menos noventa (90) días antes del día de la elección. Luego, resulta claro que el término de mención aun no ha transcurrido, y que su vencimiento operará el día 12 de mayo próximo.
>
> *5.* Amén de ello es menester señalar que la propia Constitución local establece una herramienta institucional para dar solución a eventuales casos en que el Jefe de Gobierno no convoque en debido tiempo, pues el art. 80, inc. 22 dispone que corresponde a la Legislatura "convoca[r] a elecciones cuando el Poder Ejecutivo no lo hace en tiempo debido".
>
> *6.* Por otra parte, en relación a las diversas consideraciones que los actores formulan acerca del presunto incumplimiento de los requerimientos formulados al Poder Ejecutivo local mediante los oficios de fecha 18/12/2007 y 12/2/2008 de la Justicia Federal Electoral, cabe efectuar las siguientes reflexiones.
>
> *6.1.* Las acciones necesarias para poder realizar una elección para cargos públicos como la mencionada son formales y/o materiales.
>
> *6.2.* Entre las primeras está fijar la fecha de elecciones —para el caso el 10/8/2008, establecida por la Legislatura en el art. 1º, ley 2405 (*B.O.* 13/9/2007) —, y convocar a elecciones para la fecha fijada —competencia que —cono se indicó *supra*— los arts. 20, tercer párrafo

de la ley 1777 y 105, inc. 11, CCBA otorgan al Jefe de Gobierno, y el art. 80, inc. 22, CCBA, a la Legislatura para el caso hipotético de que aquél no convoque en debido tiempo.

6.3. Entre las segundas, numerosas por cierto, se encuentra la de confeccionar el padrón de electores con que se llevará a cabo la elección. Sin padrón de electores no puede realizarse un acto comicial pues constituye el instrumento que resume el cuerpo electoral y que acredita la condición de elector de cada uno de sus integrantes (arts. 2º, 86, 87, 88 y concs., CEN).

6.4. La elaboración del padrón electoral materializa uno de los aspectos propios y sustanciales de un estado autónomo como lo es la Ciudad de Buenos Aires conforme al art. 129, C.N., cual es darse sus propias autoridades sin intervención del gobierno nacional. En esas condiciones el estado autónomo es el único a quien corresponde definir quienes conforman su cuerpo de electores que podrá votar y elegir a sus autoridades y ello, en definitiva, se traduce en la confección del padrón electoral.

6.5. Ni la Constitución de la Ciudad ni las leyes emanadas de su Legislatura han establecido pautas referidas a la elaboración de su registro o padrón de electores nativos (a quién compete su confección y administración, cómo se lo conforma, con base en qué pautas, etc.). Sí lo ha hecho la ley —aunque parcialmente— en relación al padrón de electores extranjeros, contemplado en la ley 334. Ante esa ausencia, de hecho, se utiliza para los actos electorales locales el padrón de electores nacionales confeccionado por la autoridad federal (Justicia Federal Electoral —Ministerio del Interior de la Nación—, arts. 16, 18, 39, 40 y concs., CEN).

6.6. Esto sucede de hecho pues, aun cuando en algunos aspectos el Código Electoral Nacional (CEN) es ley local en los términos del art. 5º de la ley 24.588, ello no sucede en aquellas cuestiones en que no puede ser directamente aplicado por las autoridades locales. Para el caso todo lo referido a la formación y administración del Registro de Electores Nacionales del distrito y como consecuencia a la confección del padrón de electores nacionales del distrito a utilizarse en cada acto comicial.

6.7. Es por ello que las elecciones locales están y estarán atadas a la utilización del padrón de electores nacionales que lleva la autoridad federal, en tanto la Legislatura de la Ciudad no tome otra decisión que, obviamente, atañe a cuestiones de diseño institucional e involucra a cuestiones políticas, prácticas, económicas, etc., que no es del caso analizar en el *sub examine.*

6.8. Por otra parte, la nueva división de la Ciudad de Buenos Aires en Comunas impide que pueda utilizarse el padrón de electores

nacionales —que, como se ha dicho, confecciona y administra la justicia federal electoral— con su ordenamiento actual de 28 secciones electorales y 209 circuitos. Ello es así porque, en primer lugar, las 28 secciones no están exactamente contenidas en las 15 comunas creadas por la ley 1777 y sus modificatorias, de manera de permitir una subsunción del nuevo mapa electoral —circuitos inclusive— y, por consiguiente, del padrón de electores. En segundo lugar, porque los integrantes de cada junta comunal deben ser elegidos por los electores de la respectiva comuna, es decir, que estén domiciliados en ella (art. 20, primer párrafo, ley 1777). En tercer lugar, porque los candidatos deben tener residencia habitual y permanente en la Comuna por la que se postulan, inmediata a la elección, y no inferior a dos (2) años (art. 21, inc. b], ley 1777, salvo la excepción prevista en la cláusula transitoria segunda para la primera elección).

6.9. De ahí entonces la suscripción del Convenio de Cooperación en Materia Electoral entre el Ministerio del Interior y el GCBA (Convenio nº 23 de fecha 15/8/2006, *BOCBA* del 1º/9/2006), y el inicio por parte del Juzgado Federal Electoral de las tareas necesarias para adecuar el padrón de electores nacionales para permitir la realización de las elecciones de comunas.

6.10. Tal adecuación, desde el punto de vista formal y bajo los términos de la ley electoral nacional, exige actividad de distintos actores. Del Poder Ejecutivo Nacional que, para el caso de la Capital Federal —no así de las provincias— es a quien incumbe "determinar la división en secciones electorales que corresponda a la Capital de la República" (art. 39, inc. 2º, CEN) y, asimismo, a través del Ministerio del Interior, aprobar el proyecto de delimitación de circuitos que le remita el juez federal electoral (art. 40, inc. 2º, CEN). Del magistrado mencionado, que debe confeccionar el mapa del distrito de su jurisdicción (art. 39, CEN), lo que implica realizar el anteproyecto con los límites exactos de los circuitos (arts. 39 y 40, CEN). De las "autoridades locales", que deben opinar acerca del anteproyecto elaborado por el Juzgado Federal Electoral (art. 40, inc. 1º, CEN).

6.11. Pero también la cuestión desde el punto de vista material exige actividad no sólo del Juzgado Federal Electoral, sino de las autoridades locales, a los efectos de proporcionar la información necesaria para que dicho juzgado pueda cumplir con su cometido conforme a las pautas establecidas en el art. 39, CEN, enderezadas, en definitiva, a agrupar a los electores en razón de la proximidad de sus domicilios, pero respetando la pertenencia a sus respectivas secciones electorales (art. 39, cit.).

6.12. Así se llega entonces a la razón de ser de los requerimientos y consideraciones vertidas por la señora jueza federal electoral del distrito

en sus oficios de fecha 26/12/2006, 18/12/2007 y 12/2/2008 dirigidos al titular del Poder Ejecutivo —de los que el Tribunal tiene conocimiento no sólo porque se trata de hechos que incumben a la presente causa, sino porque le han sido comunicados en su condición de Tribunal electoral local, conforme surge de fs. 5/34 del expte. nº 5584/07, "Elecciones año 2008"— y, particularmente, a los detallados en el oficio del 18/12/2007, en los que hacen hincapié los actores en su demanda.

6.13. En él la señora jueza federal electoral describió cuáles eran los obstáculos que aún enfrentaba y cuáles las necesidades y etapas que debían satisfacerse para conformar el nuevo mapa electoral y migrar el registro de electores nacionales del distrito, para que pudiera cumplirse en término con la publicidad del padrón electoral conforme a las normas del CEN y en función de la fecha fijada en el art. 1º de la ley 2405.

6.14. Nótese que, a ese efecto, señaló una fecha —el 15/2/2008— para la que, no sólo explicó que el Gobierno de la Ciudad debería satisfacer los requerimientos que formulaba, sino asimismo indicó que también el Ministerio del Interior debería haber aprobado la nueva delimitación de circuitos.[12] De ahí en más, puntualizó, el juzgado a su cargo estaría en condiciones de migrar el registro de electores nacionales de las 28 secciones y 209 circuitos actuales a las nuevas 15 secciones (comunas) y los nuevos 167 circuitos electorales.

6.15. Llegado a este punto, y en la medida de que la fecha límite aludida —15/2/2008— no la ha impuesto este Tribunal, sólo el JFE es el que puede determinar la utilidad o inutilidad de contar con lo requerido más allá de ella. Esto no significa resignar la competencia que, en materia electoral local, está atribuida por la CCBA a este Tribunal (art. 113, inc. 6º), sino simplemente delimitar lo que le corresponde a él y lo que le corresponde a la Justicia Federal Electoral: en las actuales condiciones supra descriptas el padrón de electores nacionales de la Ciudad —que el Tribunal Superior de Justicia utiliza en elecciones locales— lo hace la Justicia Federal Electoral. Luego, sólo ella es la que puede determinar para qué momento estará materialmente disponible.

[12] Textualmente se lee a fs. 30 vta.: "En resumen, contando con expresa *aprobación de la autoridad local* (destacado en el original) del anteproyecto oportunamente remitido, definición respecto de las cuestiones atinentes a la asignación a una u otra comuna de los electores cuando resulta materialmente imposible su división, la transferencia en tiempo oportuno de los fondos requeridos para cumplimentar las tareas descriptas y finalmente la aprobación del proyecto de demarcación definitivo por parte del Ministerio del Interior —*todo antes del 15/2/2008* (en este caso el resaltado me pertenece)—; la Ciudad podrá contar… con el padrón de electores adecuado a la Ley de Comunas y actualizado al 12/2/2008 para su exhibición conforme lo establecido por el cronograma electoral…".

6.16. A ello se agrega que, como se ha dicho, el plazo involucraba, asimismo, el cumplimiento de la actividad atribuida por el CEN al Ministerio del Interior.

6.17. Finalmente también es menester destacar que el anteproyecto de delimitación de circuitos cuya aprobación pidió el JFE, era el remitido por dicho juzgado el 26/12/2006 —tal como surge del texto del oficio de fecha 18/12/2007, cuya copia obra a fs. 25/31 del expte. nº 5584/07, "Elecciones año 2008" que tengo a la vista— que debía ser previamente reformulado por el juzgado federal electoral para introducir, tanto las modificaciones a los límites comunales efectuadas por la ley 2.329 sancionada ínterin, en mayo de 2007, como las que necesariamente debía efectuar la Legislatura —por ser el órgano competente— para dar solución a las cuestiones planteadas por el JFE "atinentes a la asignación a una u otra comuna de los electores cuando resulta materialmente imposible su división…", modificaciones estas últimas que se concretaron mediante la ley 2650 (sancionada el 13/3/2008).

6.18. En otras palabras, mal podía el Poder Ejecutivo "aprobar" el anteproyecto de delimitación de circuitos para el día 15/2/2008 —e incluso posteriormente— cuando éste, necesariamente, debía ser previamente reformulado en lo atinente a los límites comunales establecidos en las leyes mencionadas.

6.19. Lo expresado en los dos apartados precedentes es lo que surge, por otra parte, del nuevo oficio remitido por la señora Jueza Federal Electoral el día 2/5/2008 al Jefe de Gobierno —del que la señora magistrada remitió copia a este Tribunal, y luce agregado a fs. 90/92 del ya mencionado expte. nº 5584/07, "Elecciones año 2008"—, con el que acompañó el anteproyecto *supra* citado —el que remitiera en diciembre de 2006— pero esta vez readecuado a las modificaciones legales aludidas.

6.20. Por otra parte cabe, además, agregar que —como surge de las constancias del expte. nº 5584/07 (fs. 85 y vta.), el GCBA puso a disposición del Juzgado Federal Electoral —el mismo día 15 de febrero 2008— la suma de dinero pedida para afrontar las tareas extraordinarias que realizaría.

5. Por todo lo expuesto, inidoneidad de la vía intentada y, fundamentalmente, la necesidad de satisfacer los recaudos formales y materiales que deben cumplirse para poder realizar una elección, en especial la inexistencia actual de un padrón de electores para un comicio de comunas, cuya elaboración compete a diversos actores, locales y federales, la acción intentada debe ser rechazada *in limine* (art. 5º, ley 2145).

Así lo voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Me adhiero al voto del doctor José O. Casás.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Coincido con el doctor José O. Casás en que el Tribunal resulta competente para conocer en el presente acción (conf. art. 113, inc. 6º, de la CCBA) y, por los fundamentos que desarrollaré a continuación, en que debe ser rechazada *in limine.*

2. Para que exista una causa susceptible de decisión jurisdiccional por los órganos permanentes del Poder Judicial que crea la CCBA es necesario presentarles una controversia acerca de una pretensión que verse sobre una relación jurídica concreta a cuyo respecto quepa adoptar una decisión que le ponga fin definitivamente. Respecto de esas relaciones jurídicas operará, exclusivamente, el pronunciamiento, asegurando así que no lo hará sobre una norma general u otros actos cuya emisión y mantenimiento incumbe a otras autoridades. La cosa juzgada, nota distintiva de la función judicial, no puede quedar consagrada más que respecto de relaciones jurídicas concretas, circunstancia que lleva necesariamente a delimitar el ámbito de lo justiciable. En general, una potestad judicial que permitiera a los jueces "decir el derecho" con prescindencia de un grupo definido de relaciones jurídicas concretas resulta a todas luces ajena a la función jurisdiccional y se asemeja a la obtención de una inmunidad o fuero personal —conf. el voto de los doctores Casás y Lozano *in re* "Almeida, Marcelo y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/conflicto de competencia'" (expte. nº 4756/06) resolución del 14/7/2006—. Además, proyectaría efectos distorsivos al sistema judicial, por otorgar al pronunciamiento, para evitar males mayores, una autoridad de cosa juzgada mitigada, toda vez que, a diferencia de la regla en la materia, aun cuando la sentencia quedara firme, podría ser modificada por un cambio normativo —el desarrollo *in extenso* de estas consideraciones se encuentra en mi voto *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Asociación Argentina de Agencias de Publicidad c/GCBA s/impugnación de actos administrativos'", expte. 4889/06, sent. del 21/3/2007).

3. Las pretensiones articuladas en el *sub lite* distan de cumplir con esas condiciones. Así ocurre con la relativa a que se intime al Poder Ejecutivo para que convoque a elecciones comunales en los términos de la ley 2405 antes del 10 de mayo del corriente año y, en supuesto de que ese poder incumpla con dicha orden, se intime a la Legislatura para que lo haga en el término de 72 horas. Es esta función esencialmente del Jefe de Gobierno (conf. art. 105, inc. 11 de la CCBA) y de la Legislatura (conf. art. 80, inc. 22). A su turno, el contenido concreto de esa decisión podría ubicarse dentro de un universo de alternativas, posibles a la luz de la Constitución. Dirimir entre ellas sólo puede ser, en una democracia, fruto de la voluntad del pueblo, expresada en supuestos como el que nos ocupa por sus representantes. Esta solución viene impuesta a los estados locales por el juego de los arts. 5º y 33 de la C.N. Desde otra perspectiva, ninguna de dichas pretensiones responde a una

regla o criterio susceptibles de ser descubiertos y administrados por jueces, por lo que, nuevamente, mal puede venir el actor a exigirlo a un órgano jurisdiccional o este resolver acerca de aquellas —conf. "Baker vs. Carr", (369 U.S. 186, 217*)*.

En tal sentido, he sostenido que "[l]as 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" (conf. mi voto *in re* "Paz, Marta y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 3167/04, resolución del 3/3/2005).

Aunque se argumentara que la pretensión se limita a intimar al Jefe de Gobierno de la CABA a que convoque a elecciones bajo apercibimiento de astreintes, viendo en las astreintes una pura disposición patrimonial, distinta de dictar un acto administrativo, y por ello propia de los jueces, no mejoraría la posibilidad de entender en la demanda. Más allá de las dificultades que encierra el hecho de que semejante tesis supone que la CCBA ha investido a un órgano judicial si no de autoridad para elegir entre opciones sí, al menos, para establecer en qué oportunidad deben los representantes del pueblo hacerlo, hay otras razones que imponen desestimarla. Concretamente, *i)* el principio de soberanía del pueblo y la forma republicana de gobierno (arts. 5º y 33 de la C.N.) y; *ii)* la falta de legitimación del actor. De ello me ocupo más abajo.

3.1. Lo dicho no desconoce que la CCBA prevé la formación de las comunas, y en modo alguno pone en tela de juicio que organizarlas constituya un deber a cargo de los poderes políticos. Tampoco la posibilidad admitida por la CSJN de emitir sentencias que pueden considerarse atípicas por exceder el ámbito de los derechos subjetivos o colectivos, aun cuando sea para tutelarlos. Tal el caso de lo resuelto, por ejemplo, en el precedente "Lavado, Diego Jorge c/Mendoza, Provincia de y otro" (*Fallos,* 330:111). En ese precedente la CSJN resolvió —en el marco de una acción declarativa de certeza, que se había instado con el objeto de que la Corte se expidiera acerca de si las condiciones en que se encontraban alojados los internos en las tres unidades carcelarias de la Provincia de Mendoza resultaban violatorias de los derechos *i)* a la vida, *ii)* a la integridad física y, por último, *iii)* en puja con las recomendaciones y decisiones adoptadas al respecto tanto por la Comisión como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos— "...*I.* Intimar al Estado nacional a que en el plazo de veinte días adopte las medidas que

pongan fin a la situación que se vive en las unidades carcelarias de la Provincia de Mendoza; *II.* Instruir a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza y a los tribunales de todas las instancias de la provincia para que, en sus respectivas competencias, y por disposición de esta Corte Suprema, con la urgencia del caso, hagan cesar toda eventual situación de agravamiento de la detención que importe un trato cruel, inhumano o degradante o cualquier otro susceptible de acarrear responsabilidad internacional al Estado Federal; *III.* Disponer que cada veinte días el Poder Ejecutivo Nacional informe al Tribunal las medidas que adopte para mejorar la situación de los detenidos...". Sintéticamente, fundó esa decisión sobre la base: *i)* de lo resuelto por la Corte Interamericana, el 30/3/2006 y *ii)* de las previsiones del art. 18 de la C.N. Pero, lo cierto es que mientras constituye un derecho de los individuos acudir a la justicia en defensa de sus derechos (art. 18 de la C.N.), y un deber de los estados federados organizar el dispositivo adecuado para atenderlo (art. 5º de la C.N.), brindar a los jueces, habilitados para disponer con arreglo a derecho acerca de los derechos que pueden asistir a las personas (libertad en todas sus formas incluyendo la de no verse obligado por actos inválidos emanados del poder público, propiedad, derechos sociales y culturales, etc.),[13] la potestad no ya de anular actos inválidos —control tradicional que no se discute— sino de ordenar a las autoridades no judiciales que emitan actos propios de sus cargos es una opción propia de esos estados locales. Esta opción no viene impuesta por el art. 18 de la C.N., a diferencia de lo que ocurre en materia de derechos subjetivos o colectivos; y, por la colisión que suponen con las otras ramas de gobierno, no cabe apoyarla en interpretaciones extensivas de las normas. Ello impone la necesidad de verificar con exactitud la existencia de un derecho otorgado, por la Constitución o la ley, al reclamante,[14] para distinguir estos supuestos de aquellos en que la exigencia de cumplimiento de los deberes de los órganos políticos tiene como natural instrumento a los comicios. Así también, su compatibilidad con el principio de la soberanía del pueblo y la forma republicana de gobierno, que se verían afectados si la decisión

[13] Esto viene dicho en "Marbury v. Madison" con estas palabras del juez Marshall: ''The province of the court is, solely, to decide *on the rights of individuals, not to inquire how the executive, or executive officers, perform duties in which they have a discretion.* Questions in their nature political, or which are, by the constitution and laws, submitted to the executive can never be made in this court", 5 U.S. 137, 170; y ya en "Ware v. Hylton", voto del juez Iredell, la Corte estadounidense se había negado a considerar la posibilidad de no aplicar un tratado por falta de cumplimiento por entender que esto era una cuestión reservada a los Jefes de Estado.

[14] Nota presente de un modo manifiesto en supuestos como *"*lavado*",* ya citado, "Verbitsky, Horacio s/hábeas corpus" (*Fallos,* 328: 1146) (derecho de las personas encarceladas, aun cuando ejercidos por organizaciones no gubernamentales y terceros no presos), "Badaro, Adolfo Valentín c/ANSeS s/reajustes varios" (causa B. 675. XLI) (derecho de los jubilados), y, asimismo, en precedentes extranjeros como "Jenkins v. Missouri" (484 U.S. 816) (financiación de la integración en escuelas públicas) y "Milliken v. Meyer" (311 U.S. 457). (reacondicionamiento de las cárceles).

de los jueces no estuviera guiada por reglas emanadas de órganos competentes a ese fin y aptas para disminuir su discrecionalidad a proporciones suficientemente reducidas como para hacerla inofensiva para el imperio de una voluntad popular respetuosa de las garantías constitucionales.[15]

3.2. A la luz de estas consideraciones generales el actor no posee un derecho subjetivo a las pretensiones que formula —dirigidas, conforme surge de su escrito de fs. 15/22, a lograr que: *i)* se intime al GCBA a que convoque a elecciones antes 10/5/2008; *ii)* en caso de que el GCBA incumpla con dicha orden, se intime a la Legislatura para que, en ejercicio de las facultades que le acuerda el art. 80, inc. 22, de la CCBA, ella convoque —en el plazo de 72 horas— a elecciones comunales; y *iii)* se declare la inconstitucionalidad de la omisión en la que incurrió, a juicio del accionante, el Jefe de Gobierno y la Legislatura—, sino, en todo caso, un interés compartido por todos los integrantes de la comunidad. En otras palabras, el interés que el actor pueda tener como vecino de la Ciudad con relación al cumplimiento por parte del Gobierno de la Ciudad de los pasos que permitan la realización de las elecciones comunales previstas para el 10/8/2008 no difiere del que pueda asistirle a cualquier otro porteño.

El derecho a elegir y ser elegido, a diferencia de lo que sostiene el actor (fs. 15 y 19), no está en tela de juicio en el escenario que describe. Ello así, porque el peligro al que se refiere actor es el de una demora en el cumplimiento de las previsiones de la cláusula transitoria decimoséptima de la CCBA —que sustenta en extractos de notas publicadas en diversos medios periodísticos— que redundaría, a criterio del accionante, en la postergación de los comicios, no en su participación como elector o candidato. En este orden de ideas, el retraso en que el Gobierno hubiera incurrido arbitraria o ilegítimamente, no produce ningún menoscabo directo ni inmediato a los derechos que invoca el amparista. Los derechos a elegir y ser elegido —y el de "participación ciudadana" que clama el presentante— como derechos individuales, no tienen por fin proyectar las consecuencias que el accionante extrae de ellos. En efecto, aun cuando el orden jurídico le reconoce el derecho a participar en comicios de los que hubiera sido ilegítimamente excluido o en cuyos resultados viera afectada su capacidad de influir —supuesto este último tratado por la Corte Suprema Norteamericana *in re* "Baker vs. Carr", cuya doctrina adoptó la CSJN *in re* "Zaratiegui, Horacio c/Estado nacional (Ministerio de Defensa) s/nulidad de decreto" (*Fallos,* 311:1191), sent. del 5/7/1988— no le reconoce, en cambio, uno destinado a compeler al Gobierno de la Ciudad (o, en todo caso, a la Legislatura) a que convoque a elecciones.

[15] Al igual que la idea de que el ámbito de los tribunales está circunscripto a los derechos que pueden asistir a las personas, ésta corresponde a precedentes de la Corte Suprema de los EE.UU. muy anteriores a nuestra propia Constitución Nacional. Así, por ejemplo, "Decatur v. Paulding", 39 U.S. (14 Pet.) 497, 516 (1840) y "Kendall v. United States ex rel. Stokes", 37 U.S. 524 (1838).

Ciertamente, no estamos frente a un supuesto como el que dio lugar al precedente "Baker vs. Carr", ya citado. Ello así, porque no se trata de restaurar una diferencia relativa a la eficacia del voto del actor frente a otros electores, sino que busca que se ordenen medidas que posibiliten una elección, en la que no hay amenaza de discriminarlo, pero que teme no tenga lugar en el plazo previsto por la ley 2405. Por lo demás, lo resuelto en aquella causa también afecta el valor relativo del voto de los ciudadanos no perjudicados sino beneficiados por la delimitación electoral cuestionada. Pero, claro está es razonable tenerlos en aquel caso por suficientemente representados por un Estado cuya voluntad estaba formada a partir de esa ventaja. En otras palabras, en el citado precedente, el derecho del actor a participar en igualdad de condiciones venía afectado por la mayoría política que había manifestado la voluntad de repartir de ese modo las circunscripciones electorales. En nuestro caso, lo que se impugna es lo que se estima un acto de las autoridades que afecta a todos los ciudadanos por igual, por lo que no cabe tener a esos ciudadanos como razonablemente representados por el Estado que, por hipótesis, está en la vereda opuesta, ni por el actor, al que no hay razones para suponer tutor de sus semejantes.

Aplicadas las consideraciones formuladas en el punto 3.1 al supuesto que nos ocupa, es posible advertir que la demanda de autos no procura obtener la protección de un derecho conferido a su favor por el ordenamiento sino que, en cambio, pretende que una sentencia judicial, por lo demás, una desvinculada de relaciones jurídicas concretas, ordene a una autoridad no judicial que emita un acto propio de su cargo.

La presentación de fs. 15/22 no revela cuál sería el derecho que acordarían al actor los arts. 10, 37, 80, inc. 22, 105, inc. 11, 127 a 131 y la cláusula decimoséptima o las leyes 1777 y 2405. Las normas constitucionales prevén una modalidad institucional que mandan organizar a la Legislatura, y que ésta ha instalado en la ley 1777. Pero, aun cuando esas normas den nacimiento a obligaciones de la Legislatura o de otros órganos (Poder Ejecutivo), esas obligaciones no serían por sí solas correlatos de derechos, de un ciudadano, susceptibles de ser invocados por él ante los estrados judiciales. En otras palabras, no todos los deberes de los órganos políticos pueden serles reclamados por cada ciudadano en juicio sino que hay algunos que solamente pueden serlo en las urnas.

Por lo demás, una sentencia que dispusiera hacer lugar a lo peticionado por el actor conculcaría el derecho de defensa del resto de los porteños, puesto que decidiría acerca de sus propias situaciones personales sin otorgarles la posibilidad de ser oídos. En realidad, si pudiera asumirse que está en juego un derecho del actor, idéntica entidad correspondería reconocer al interés que sobre el punto ostenta el resto de los ciudadanos que, sin embargo, no forman parte del pleito y no serán oídos antes de la sentencia.

La amplitud del debate que requeriría un proceso judicial como el que nos ocupa no condice con la organización que para tales procesos regula nuestro ordenamiento. Mientras que una discusión de esa magnitud aparece evidentemente

apropiada para el debate parlamentario, en el que el pueblo se expresa a través de sus representantes, su desembarco en el proceso judicial resulta absolutamente incompatible con las reglas que gobiernan la función jurisdiccional. La mejor prueba al respecto no es otra que imaginar cómo sería la ejecución de la sentencia que pusiera a los magistrados en la necesidad de materializar la competencia no ejercida por otro poder del Estado.

Lo expuesto es acorde con la doctrina sentada por la CSJN, *in re* "Baeza" (*Fallos,* 306:1125), acerca de la necesidad de que medie "un interés suficientemente concreto" que legitime para reclamar tutela judicial. No constituyen precedentes contrarios a esta doctrina aquellos fundados en derechos de incidencia colectiva, como los que tenemos a la preservación del ambiente. Ello así, puesto que en ese supuesto existe un reconocimiento normativo expreso en la CCBA y en las leyes nacionales y locales que tratan la materia.

4. El actor reclama que el Tribunal intime al Jefe de Gobierno a que convoque a elecciones antes del 10 de mayo del corriente año. En las condiciones en que lo pide, la cuestión está encomendada por la CCBA, tal como él también lo señala, a otro poder del Estado: la Legislatura. Ello resulta del art. 80, inc. 22 que establece que la Legislatura de la Ciudad: "[c]onvoca a elecciones cuando el Poder Ejecutivo no lo hace en tiempo debido". Una vez que queda encomendado corregir la omisión a un poder que representa el arco completo de la opinión pública, no cabe que el Poder Judicial interfiera con lo que ha sido concebido por la CCBA como ejercicio de la voluntad popular, cuando ese ejercicio no aparece dirigido a someter ilegítimamente a un individuo, ni a una minoría, ni al rompimiento del mandato conferido a los integrantes de ese alto cuerpo, sino que se muestra guiado por consideraciones políticas que no exceden el amplio margen de discrecionalidad propio de un órgano representativo de esta especie.[16]

[16] "Is apparent that several formulations which very slightly according to the settings in which the questions arise may describe a political question, although each has one or more elements which identify it as essentially a function of the separation of powers. Prominent on the surface of any case held to involve a political question is found *a textually demonstrable constitutional commitment of the issue to a coordinate political department;* or a lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it; or the impossibility of deciding without an initial policy determination of a kind clearly for nonjudicial discretion; or the impossibility of a court's undertaking independent resolution without expressing lack of the respect due coordinate branches of government; or an unusual need for unquestioning adherence to a political decision already made; or the potentiality of embarrassment from multifarious pronouncements by various departments on one question" (369 U.S. 186, 217) (sin resaltar en el original). Anteriormente a dicho precedente, los jueces se habían negado a revisar los distritos electorales establecidos por legislaturas estaduales porque al ser aplicados, en ese caso, a la elección de legisladores federales, la Constitución Federal daba poder al Congreso de revisarlos —conf. "Colegrove v. Green" (328 U.S. 549)—. La Corte Suprema de los Estado Unidos hizo un razonamiento similar al que yo efectúo en el *sub examine*, esto es, que una vez encomendada a la Legislatura la facultad de corregir la omisión del Poder Ejecutivo (conf. art. 80, inc. 22, de la CCBA), la situación ha quedado fuera de la competencia de los órganos judiciales.

Esta atribución de potestades no se ve sustituida por lo dispuesto en la cláusula transitoria decimoséptima de la CCBA, limitada a imponer ciertos plazos al Jefe de Gobierno, autoridad compete, como principio, para convocar a los comicios. Pero, no altera el sistema de resguardo previsto en la CCBA para el supuesto de omisión de llamar a esos comicios (conf. art. 80, inc. 22).

A su turno, 'judicializar' estas cuestiones supondría no solamente colocar la decisión por fuera de a la exclusiva competencia de los representantes del pueblo de Buenos Aires para sujetarla a sus jueces locales sino que, por la vía de instaurarlo como causa, posibilitaría un control (aunque mediato y limitado, sensible) de un tribunal externo a la jurisdicción, cosa que no se ve que sea la voluntad de la ni de la Constitución de la Ciudad ni de la Nacional —conf. lo resuelto por la CSJN *in re* "Rousselot, Juan Carlos c/Concejo Deliberante de Morón" (*Fallos,* 313:1596).

5. Más allá de ello, en el marco de las competencias que el art. 113, de la CCBA le acuerda a este Tribunal, esto es, como tribunal electoral, considero oportuno hacerle saber al actor, dado el interés que revela respecto del proceso dirigido a materializar los comicios, interés que aunque no se halle revestido del respaldo jurídico de los derechos sigue siendo respetado por el orden jurídico mediante otros dispositivos, que los pasos dirigidos a la confección del nuevo mapa electoral de la Ciudad —derivado de la división territorial en comunas— no es ni desconocida ni ajena al Tribunal, que por la competencia que le otorga la norma constitucional *supra* referida, y la responsabilidad que, en consecuencia, le corresponde en la organización y fiscalización de las elecciones locales, tomó las decisiones y libró los oficios que corren a fs. 1, 2, 4, 36, 38/82,88 y 89 del expte. nº 5584 "Elecciones año 2008" a los efectos del acto comicial ya mencionado.

Precisamente, como respuesta a lo informado al señor Jefe de Gobierno a fs. 36 —en el que se pidió que se informara al TSJBA acerca del cumplimiento de los requerimientos formulados por el JFE mediante oficios de fecha 18/12/2007 y 12/2/2008 (a los que alude el actor en el punto "a" del acápite "Objeto" de su escrito de demanda)—, la Dirección General Electoral remitió la nota 037-DGELEC/08, de fecha 26/2/2008, que obra agregada a fs. 85 del legajo citado, que, en lo que aquí interesa, expresa lo siguiente:

> "*a)* Respecto de las materias de exclusiva competencia de la Legislatura de la Ciudad, el Poder Ejecutivo ha enviado un proyecto de ley de modificación del Anexo a la Ley 1777, proyecto que fue tratado con despacho favorable por la Comisión de Descentralización y Participación Ciudadana con fecha 19 de febrero, y remitido a la Comisión de Asuntos Constitucionales de la Legislatura en el mismo día para su tratamiento."
>
> "Respecto de la solicitud de los elementos técnicos indispensables para la adecuación del registro de electores de la Ciudad, esta dirección ha girado el requerimiento efectuado por la señora Juez Electoral a las áreas correspondientes (Dirección General de Registro de Obras y

catastro, Unidad de Sistemas de Información Geográfica, Instituto de Vivienda de la Ciudad de Buenos Aires), a fin de que por su intermedio se diera adecuada respuesta."

"*3.* La Dirección General de Registro de Obras y Catastro, ofreció la colaboración necesaria para solucionar las inconsistencias o indeterminaciones que fueran detectadas por esta Dirección y la Justicia Electoral. Este Director, posteriormente, reiteró la solicitud formulada."

"*4.* El Instituto de Vivienda informó que se encuentra en proceso de reordenamiento interno, registro y actualización de información, poniéndose a disposición de esta dirección y del Juzgado Federal Electoral en aquellos puntos que fueran menester. Asimismo, envió a esta dependencia una planilla con ubicación de los Barrios de Emergencia, Núcleos habitacionales Transitorios y Asentamientos en la Ciudad, con croquis de ubicación respectiva, material que fue reenviado al Juzgado Federal Electoral".

"*5.* La Unidad de Sistemas de Información Geográfica informó que se ha iniciado un trabajo intenso de revisión de calles, alturas, y secciones, a fin de dar cumplimiento a lo requerido. Esta Unidad estimó que la finalización de dichas tareas demandaría un tiempo aproximado de seis meses, por cuanto este Director requirió nuevamente la finalización de dichas tareas a la mayor brevedad posible".

"*...b)* Finalmente, en cuanto a la transferencia de los fondos requeridos por el Juzgado Federal Electoral, se ha librado nota con fecha 15 de febrero del corriente informando a la señora Juez que esta Dirección cuenta con las partidas solicitadas y que se hallan en proceso de transferencia al Juzgado a su cargo. En respuesta a esta nota enviada, la señora Juez federal con competencia electoral en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ha librado oficio con fecha 20/2/2008, donde refiere que la transferencia de fondos no resulta necesaria hasta tanto no disponga de los restantes elementos y definiciones solicitados".

A fs. 90/91 vta. del mencionado expediente obra el oficio remitido por la titular del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal Nº 1 con competencia electoral en el Distrito de Capital Federal al Jefe de Gobierno de la CABA mediante el cual acompañó, para su control y posterior remisión de correcciones u observaciones (conf. art. 40 del Código Electoral Nacional), el: *i)* mapa completo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires —con sus nuevas secciones electoras y demarcación de los 167 circuitos electorales—; *ii)* mapa de cada una de las 15 secciones electorales —coincidentes con los límites establecidos para las comunas—; *iii)* descripción de límites comunales con las calles y alturas; y *iv)* descripción de las calles interiores de circuitos y sus correspondientes alturas.

Por último, y en virtud ese oficio, el Presidente del Tribunal, dada la fecha fijada en la ley 2405 y las funciones de organización electoral que competen a este

Tribunal (conf. art. 113, inc. 6º de la CCBA) ordenó que se librase oficio al Jefe de Gobierno a fin de que "[e]stime e informe con carácter urgente al Tribunal acerca del tiempo que demandará la revisión y control —y eventual aprobación— del anteproyecto de demarcación de secciones electorales remitido por la Justicia federal Electoral el pasado 2 de mayo" e "[i]nforme al tribunal, en forma pormenorizada, acerca de los pasos del trámite parlamentario de la ley 2650 hasta su publicación. Esto es fechas de remisión del proyecto de ley a la Legislatura, recepción del texto sancionado como ley, promulgación y remisión al *Boletín Oficial* para su publicación" (fs. 93).

Asimismo, cabe señalar que la Legislatura sancionó el 13/3/2008 modificatoria de la ley 1777. Finalmente, la ley fue promulgada el 14/4/2008 mediante el dec. 364/008 y publicada en el *BOCBA* 2910 el 16/4/2008.

Por ello y lo concordantemente dictaminado por el Fiscal General, voto por rechazar *in limine* la acción intentada.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Si el resultado que se pretende de esta acción de amparo está representado por la mera declaración de inconstitucionalidad de una omisión —básicamente la del Jefe de Gobierno y, por extensión, la de la Legislatura, de convocar a los comicios de juntas comunales—, debo decir que el amparo carece de pretensión y resultado práctico. Para que se trate de un caso judicial, el accionante debe proponer una decisión que, de alguna manera, restituya el derecho que reputa lesionado. Sospecho que, si aquí se agota la acción, el amparista ha equivocado el remedio que procura: para su acusación es competente la Legislatura de la Ciudad, por la vía del procedimiento para remover a ciertos funcionarios (arts. 92 y ss., CCBA).

2. Por lo contrario, si el resultado que se pretende es el que trasunta la medida cautelar que también se pide —que el Tribunal ordene al Jefe de Gobierno que convoque a elecciones de juntas comunales "en el término máximo del 10/5/2008"— he de decir que, dictada ya la sentencia en "Montenegro" (expte. 5894/08, resolución del día 6/5/2008) y rechazada *in limine* una pretensión, incluso más seria que la de esta acción pero en el mismo sentido, y especificado allí la absoluta imposibilidad de convocar a elecciones —sin la menor posibilidad práctica de llevar a cabo los comicios, básicamente por carencia del padrón electoral—, poco cabe agregar a los fundamentos de esa decisión. Vale la pena, sí, repetir que la Ciudad carece de un padrón de electores utilizable para los múltiples comicios posibles según su propia Constitución, cuyos presupuestos de partida difieren del que confecciona la justicia federal para los comicios nacionales. Y también vale la pena resaltar que, mientras los poderes políticos no encaren la confección de un padrón propio, adecuado a los comicios que determina, en principio, la CCBA, seguiremos dependiendo del que confeccione el Estado federal y, con ello, de la intervención de diferentes órganos de gobierno y judiciales del Estado federal, cuya participación está prevista por la ley electoral nacional, intervención que, por supuesto, condicionará nuestros comicios locales.

3. De todos modos, debo indicar que, conforme al art. 105, inc. 11, de la CCBA, el Jefe de Gobierno tiene el deber de "convocar a elecciones locales". Empero, el remedio para una omisión no está representado por una sentencia del TSJBA de la Ciudad por la vía del amparo, sino, antes bien, textualmente, por una facultad concedida a la Legislatura de la Ciudad (art. 80, inc. 22, CCBA), la de "convoca[r] a elecciones cuando el Poder Ejecutivo no lo hace en tiempo debido". Con cuánta mayor razón esta solución es la del caso, cuando ha sido la Legislatura de la Ciudad la que fijó el término (final) de la realización de los comicios para las comunas porteñas. Por lo demás, advertir que ésta es la solución no parece implicar un deber sin condicionamientos, sino, antes bien, a través del procedimiento legislativo, que, según la misma Constitución, consiste básicamente en una deliberación y votación, cuya decisión se adopta por una mayoría determinada. Y no parece posible reemplazar lisa y llanamente tal procedimiento por una decisión del TSJBA.

Por ello, y concordantemente con lo dictaminado por el señor Fiscal General,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar in limine* la acción planteada a fs. 15/22.

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

La jueza Alicia E. C. Ruiz no firma por estar con licencia.

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

En similar sentido se resolvió en la causa 5820/08, "Cortina, Robert Vincent c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)", también del 9/5/2008.

LXXXV

"MONTENEGRO, FANDOR LUCIO Y OTROS C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/ELECTORAL —OTROS"

MEDIDA CAUTELAR: Cuestión abstracta.

Expte. nº 5894/08 - 9/5/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

Con fecha 8 de mayo del corriente año la parte actora solicita una medida cautelar urgente orientada a "asegurar el efectivo cumplimiento de la decisión que se adopte en definitiva respecto de la demanda interpuesta" (fs. 56/58 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Toda vez que este Tribunal ha dictado con fecha 6 de mayo del corriente año su resolución definitiva en la presente causa (fs. 46/54) y rechazado *in limine* la acción de amparo interpuesta a fs. 1/7, la medida cautelar deducida por la actora debe ser rechazada sin más trámite, en tanto ella pretende asegurar la eficacia de una hipotética decisión favorable que acoja sus planteos, situación imposible de darse en el caso frente a lo decidido en el pronunciamiento de mención.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Que ya ha opinado, con su voto, sobre la pretensión final de los actores y el TSJBA ha dictado sentencia acerca de ella por decisión que la rechaza *in limine*, razón por la cual carece de sentido pronunciarse acerca de una medida cautelar. Al menos se coincidirá en que, según decisión del Tribunal, la apariencia de la existencia del derecho pretendido, en cabeza de la parte actora, resulta imposible de afirmar para el Tribunal en tales condiciones. Con esa salvedad, cabe adherirse al voto del señor juez de trámite, que rechaza la medida cautelar.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Me adhiero al voto del juez José O. Casás.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Coincido con el doctor José O. Casás en que la medida cautelar solicitada debe ser rechazada. Ello, toda vez que dicho planteo ha devenido abstracto en virtud de lo decidido por este Tribunal el 6 de mayo del corriente año en la presente causa.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *No hacer lugar* a la medida cautelar solicitada a fs. 56/58 vta.

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

La jueza Alicia E. C. Ruiz no firma por estar con licencia.

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

LXXXVI

"CORTINA, ROBERT VINCENT C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)"

DENUNCIA DE HECHO NUEVO: Presentación extemporánea.

Expte. nº 5820/08 - 13/5/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

Con fecha 13 de mayo del corriente año la parte actora denuncia "hecho nuevo" en los términos del art. 293 y concs. del CCAyT, "relevante para la resolución del fondo de la cuestión planteada en la presente acción" (fs. 214/215).

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

Toda vez que el Tribunal dictó con fecha 9 de mayo del corriente año resolución definitiva en la presente causa (fs. 183/202) y rechazó la acción de amparo interpuesta a fs. 1/8, la denuncia de hecho nuevo formulada en los términos del art. 293, CCAyT deviene extemporánea, lo que así debe declararse.

Así lo voto.

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

Nos adherimos al voto del señor juez de trámite, doctor José O. Casás.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* extemporánea la denuncia de hecho nuevo realizada a fs. 214/215.

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

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

LXXXVII

"HAIEK, VALERIA VANESA C/CASSABA S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Caja de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad de Buenos Aires (CASSABA). Ley 1181. DELEGACIÓN DE FACULTADES LEGISLATIVAS: Reglamentación. Aportes previsionales. Abogados afiliados a otro régimen previsional. Superposición de aportes. Principio de legalidad. Principios de universalidad y solidaridad. AMPARO: Idoneidad de la vía elegida.

SUMARIOS:

1. El amparo no constituye un procedimiento judicial genérico y electivo, sustitutivo de los procedimientos específicos reglados, sino que supone la evidencia inicial de la ilegitimidad del acto u omisión cuestionados y el daño grave e inminente a un derecho constitucional o legal que deba ser restablecido de inmediato. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier)*.

2. La vía del amparo elegida es particularmente inidónea para resolver problemas acerca de la existencia o posibilidad de existencia de un crédito del que es deudor una persona determinada, cuestión que debió haber seguido los pasos que la ley procesal exige para arribar a una sentencia emanada de un juicio de conocimiento, con todos los trámites que habrían definido mejor el litigio planteado por el actor. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

3. Gran parte de la doctrina ha admitido que la organización del derecho público no estatal posee poderes de reglamentación de la ley cuya ejecución le ha confiado el Parlamento, y debe ejercer en los límites de la ley y sin contradecirla. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

4. No está probado que la reglamentación ensayada por CASSABA (art. 5º, resol. 004-4/05) contradiga la ley o exceda aquello que es materia de reglamentación, pues comienza por repetir el texto de la ley y, posteriormente, somete a contribución tan sólo el resultado del trabajo profesional ejercido ante los tribunales de la Ciudad. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

5. La afiliación a otro régimen previsional no implica la superoposición de aportes, puesto que, como ocurre normalmente, las contribuciones efectuadas ante un organismo pueden ser hechas valer, según determinadas condiciones, frente al organismo que concede el haber previsional. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

6. Aun cuando pueda coincidirse en afirmar que las prestaciones previsionales son contribuciones que, en una clasificación extensiva, pueden ingresar a la materia tributaria, lo cierto es que el art. 5º de la ley 1181 no implica, necesariamente, que el fruto económico del trabajo de un abogado en el territorio de la Ciudad de Buenos Aires y en los tribunales allí ubicados quede exento de aquellas contribuciones que no están basadas en servicios ni beneficios concretos para el contribuyente, como son aquellas fundadas en los principios de universalidad y solidaridad, esto es, en

toda prestación previsional o social, cualquiera que sea el sistema que se adopte. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

7. Dado que los agravios esgrimidos no se hacen cargo de rebatir los diversos argumentos brindados por el Tribunal en el precedente "Fornasari" —a los que se remitió lisa y llanamente la Cámara para desestimar la pretensión de la actora—, el recurso de inconstitucionalidad intentado debe ser rechazado pues para habilitar la instancia recursiva prevista en el art. 27 de la ley 402 no basta con la invocación genérica y esquemática de agravios o sostener un criterio interpretativo distinto del seguido en la sentencia objetada. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde, Luis F. Lozano y José O. Casás).*

8. La pretensión de la actora de quedar exceptuada de la obligación tributaria impuesta por el régimen instituido por la ley 1181 o cualquier otro que lo reemplace en el futuro implica requerir una suerte de exención o inmunidad fiscal, lo cual no configura una cuestión pasible de ser puesta a consideración de un organismo del poder judicial. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

9. La ley 1181 no confirió a ninguno de los órganos de la Caja de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad de Buenos Aires (CASSABA) aptitud para reglamentar la ley en un rango equivalente al de un decreto que sólo pudo emitir el Jefe de Gobierno. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

10. CASSABA —persona jurídica de derecho público no estatal—, no podía, debido a su 'autonomía económica y financiera' (art. 2º de la ley 1181), sustituir en el ejercicio de sus funciones a la autoridad constitucionalmente competente para emitir la reglamentación de la ley. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

11. La reglamentación de la ley es facultad del Jefe de Gobierno sujeta, conforme con el art. 101 de la CCBA, a los recaudos allí indicados para que pueda ser ejercida en forma legítima. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 5532/07 - 14/5/2008

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. Valeria Vanesa Haiek promovió una acción de amparo contra la Caja de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, CASSABA), con el fin de obtener una sentencia que declare la inconstitucionalidad de la ley 1181, de la Acordada de la CSJN 6/2005 de 18/2/2005, de la resolución de Secretaría de la Seguridad Social 19/2003, de la nota externa de la AFIP 1/05 y, en especial, de la reglamentación de la ley 1181 y de la resol. 004-A/05 de la Asamblea de Representantes de CASSABA (fs. 1/9). La actora señaló que está afiliada a la Caja de Previsión de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, y que efectuó la opción a los fines de acogerse a la excepción dentro del plazo fijado por CASSABA (fs. 1 vta.).

2. Corrido traslado de la demanda, la CASSABA produjo el informe previsto en el art. 8º de la ley 16.986, en el que objetó la vía empleada por la actora para encauzar su demanda y se opuso a la procedencia de la pretensión (fs. 46/63).

3. El juez de primera instancia hizo lugar al amparo y, en consecuencia, declaró "inconstitucional la reglamentación del art. 5º efectuada por la CASSABA en su resol. N004-A/05" y dispuso que la actora "no deberá cumplir con los aportes establecidos en los, incs. 1º y 4º del art. 62 de la ley 1181" (fs. 103/108 vta.).

4. CASSABA apeló la sentencia de primera instancia (fs. 111 bis/132 vta.). La actora contestó el traslado del memorial de agravios solicitando su rechazo (fs. 136/139).

5. La Sala II de la Cámara CAyT revocó la sentencia de primera instancia, con remisión al fallo dictado por el Tribunal Superior de Justicia en la causa "Fornasari" (fs. 149/150 vta.).

6. La actora interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 154/158 vta.), el que previa contestación por CASSABA (fs. 162/183) fue concedido por la Sala II (fs. 185/185 vta.).

7. A fs. 193/199 vta. obra el dictamen del Fiscal General Adjunto, quien propicia que se rechace el recurso de inconstitucionalidad impetrado por la parte actora, se confirme la sentencia apelada y se rechace el amparo.

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad deducido a fs. 154/158 vta. por Valeria Vanesa Haiek fue correctamente concedido por la Sala II y corresponde hacerle lugar por las razones que expongo en los apartados siguientes.

2. Considero que el escrito de fs. 154/158 vta. logra plantear un caso constitucional en los términos del art. 27 de la ley 402.

La recurrente manifiesta que la sentencia en crisis lesiona derechos y principios constitucionales (entre ellos, los que acuerdan los arts. 51, y 102 de la CCBA y los arts. 14 bis, 16, 17, 28, 125 de la C.N.) toda vez que: *a)* reconoce a la Asamblea de Representantes de CASSABA atribuciones suficientes para reglamentar la ley 1181 (fs. 154 vta./155); *b)* convalida la reglamentación del art. 5º de esa ley, que es irrazonable, y que extiende la aplicación del régimen creado a sujetos expresamente exceptuados del mismo violentando sus derechos a trabajar y de propiedad (fs. 155 vta. y 157 vta.); *c)* vulnera el principio constitucional que veda la superposición de aportes en tanto el actor desarrolla una única actividad por la que debe aportar en dos sistemas (fs. 157), *d)* confirma una situación en la que no existe contraprestación por parte de CASSABA respecto de los aportes que se pretenden configurando "una lisa y llana confiscación del patrimonio" (fs. 157 vta.), y *e)* violenta el art. 125 de la C.N. en tanto reconoce a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires potestades para crear cajas de previsión social para abogados (fs. 157 vta./158).

3. Comenzaré por el análisis del agravio consignado bajo la letra a) dado que de asistir razón al recurrente el tratamiento de los restantes planteos será innecesario.

En la sentencia dictada por el Tribunal el 18/4/2007 en los autos "Fornasari, Norberto Fabio c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 4911/06, análogos a los presentes, expuse las razones por las que considero que CASSABA no podía, válidamente, reglamentar la ley 1181.

En los escritos que CASSABA ha presentado en este juicio no se brindan nuevos argumentos que me lleven a modificar el criterio sostenido en mi voto en aquel fallo. En consecuencia, procederé a transcribir sus partes pertinentes:

> "*5.* El 13/11/2003, la Legislatura local sancionó la ley 1181 (publicada en el *BOCBA* 1830 del 2/12/aquel año) por la cual se instituyó el Sistema de Seguridad Social para Abogados de la CABA y se creo la Caja de Seguridad Social para Abogados de la CABA. La constitucionalidad de ley no fue objetada en este pleito.
>
> La C.N. otorga la potestad de reglamentar las leyes al Poder Ejecutivo con los alcances que resultan del art. 99, inc. 2º. En el orden local, el art. 100, inc. 2º le confiere esta atribución al Jefe de Gobierno quien debe ejercerla en el marco del principio republicano.
>
> A su turno, el primer párrafo del art. 100 de la C.N. establece que el Jefe de gabinete de ministros y los demás ministros '...tendrán a su cargo el despacho de los negocios de la Nación, y refrendarán y legalizarán los actos del presidente por medio de su firma, sin cuyo requisito carecen de eficacia". En sentido coincidente, el inc. 8º del mismo artículo dispone que corresponde al Jefe de gabinete de ministros "refrendar los decretos reglamentarios de las leyes...'.
>
> La, CCBA también ha fijado un límite a la potestad reglamentaria del Jefe de Gobierno al subordinar la validez del acto a la refrenda y legalización del ministro del área (art. 101 de la CCBA), lo que implica una suerte de agregación de corresponsabilidad funcional.
>
> *6.* De acuerdo con dicha distribución constitucional de competencias, la ley 1181 no confirió a ninguno de los órganos de la entidad creada aptitud para reglamentar la ley en un rango equivalente al de un decreto que sólo pudo emitir el Jefe de Gobierno.
>
> CASSABA estaba facultada para dictar válidamente cierto tipo de disposiciones acordes con las prerrogativas que le confiere la ley; muchas de ellas se encuentran —incluso— en los términos de la resol. 004-A/05. Sin embargo, es en el marco de este proceso y en atención a la norma que fuera objeto de impugnación por el amparista (art. 5º de la reglamentación de la ley) que propicio la incompetencia de la demandada.

La lectura de los arts. 120 y 131 de la ley de autos (referidos a las atribuciones de la Asamblea y del Directorio, respectivamente) sostiene la opinión que sustento.

El art. 120 establece las siguientes atribuciones para la Asamblea:

'*1.* Dictar las disposiciones y resoluciones conforme a los fines y objetivos que inspiran a la presente Ley.

2. Dictar su Reglamento Interno.

3. Elegir a la Junta Electoral y dictar el Reglamento Electoral.

4. Elegir, a propuesta de sus miembros, un Síndico Titular y uno Suplente, de conformidad a las prescripciones de la presente ley, su reglamentación y demás disposiciones aplicables.

5. Establecer el valor del *lex* previsional de acuerdo al monto máximo fijado en esta ley.

6. Instrumentar o suspender los beneficios establecidos en el art. 7º respetando el equilibrio económico financiero de la Caja. Las decisiones sobre estos temas deben ser adoptadas por voto de la mayoría absoluta de los Representantes.

7. Considerar la Memoria, Balance y Estados Contables, sus notas y anexos del ejercicio, informes anuales del Consejo Directivo y de la Sindicatura. Expedirse en las cuestiones que el Directorio o la Sindicatura sometan a su consideración.

8. Aprobar o rechazar el cálculo de Recursos y Presupuesto de Gastos Anuales y Plurianuales.

9. Aprobar los convenios propuestos por el Directorio en los términos del art. 131, incs. 9º y 10.

10. Remover a cualquiera de los Representantes o Directores, por causas graves, por el voto de los dos tercios (2/3) del total del cuerpo.

11. Fijar la retribución de los Directores.

12. Considerar cualquier otro asunto que el Directorio hubiera incluido en el orden del día.

13. Ejercer toda otra facultad u obligación que le asigne la reglamentación'.

A su turno, el art. 131 determina para el Directorio los siguientes deberes y atribuciones:

'*1.* Organizar la estructura administrativa de la Caja.

2. Designar por concurso al personal de la Caja, estableciendo las pautas de su desempeño laboral y ejerciendo el poder disciplinario, pudiendo removerlo.

3. Fijar las remuneraciones del personal.

4. Dictar su Reglamento Interno de funcionamiento.

5. Concretar la afiliación y registro individual de los profesionales comprendidos en el art. 5º.

6. Recaudar en la forma que dispone esta ley, su reglamentación y demás disposiciones aplicables a los recursos previstos y todo otro que se destine al financiamiento de esta Caja.

7. Administrar los fondos de la Caja conforme a esta Ley, su reglamentación y disposiciones de la Asamblea.

8. Conceder, denegar, suspender y revocar mediante resolución fundada las prestaciones y beneficios previstos en el Sistema. A los efectos de revocar prestaciones o beneficios en curso de pago es necesaria una mayoría de las dos terceras partes (2/3) de los miembros presentes.

9. Proponer a la Asamblea la aprobación de convenios con otras cajas de Abogados facultando a los afiliados a ambas cajas que opten por completar el aporte mínimo anual obligatorio sólo en una de ellas.

10. Proponer a la Asamblea la aprobación de acuerdos con las entidades prestadoras de servicios de salud a fin de asegurar a los afiliados y beneficiarios dicha cobertura y los demás que resulten convenientes para el mejor desempeño de sus funciones.

11. Aplicar, fiscalizar, verificar y ejecutar la recaudación de aportes y contribuciones.

12. Proyectar anualmente el Presupuesto de la Caja, elevarlo a la Asamblea, ejecutar el que resulte aprobado y confeccionar al término del ejercicio el Balance y la Memoria que deben ser sometidos a consideración de la Asamblea.

13. Convocar a la Asamblea Ordinaria.

14. En casos de urgencia convocar a Asamblea Extraordinaria, con la antelación prevista en el art. 122.

15. Resolver los recursos de revocatoria que le fueran planteados.

16. Designar los integrantes de las Comisiones Internas que contemple su Reglamento Interno.

17. Crear comisiones *ad hoc,* designando sus integrantes.

18. Otorgar poderes.

19. Realizar todos los actos conducentes a facilitar el accionar de la Sindicatura, brindando los informes y documentación que esta le requiera, con la celeridad que las circunstancias determinen.

20. Convocar a comicios para la elección de miembros del Directorio y de la Asamblea conforme lo previsto en esta ley.

21. Proyectar las modificaciones de esta ley o su reglamentación, que considere necesarias, para someterlas a consideración de la Asamblea.

22. Asistir a las Asambleas con derecho a voz, pero sin voto.

23. Las demás facultades que le asignen la reglamentación y las disposiciones emanadas de la Asamblea.

24. Resolver sobre toda situación no prevista y proveer a toda acción pertinente para el cumplimiento de los fines de la Caja'.

Una lectura atenta del art. 120 de la ley muestra que las facultades de la Asamblea de CASSABA están orientadas a la puesta en marcha, organización interna y funcionamiento operativo de la institución. Esos son los límites legales que no incluyen, ni podrían hacerlo, la sustitución del Poder Ejecutivo local en materia de reglamentación de la ley.

7. Por otra parte, y en el mismo sentido que la interpretación que vengo sosteniendo, el Ejecutivo local, en ejercicio de atribuciones constitucionales (art. 102 de la CCBA), emitió el dec. 2046/04 (publicado en el *BOCBA* 2068 del 16/11/2004) por el cual aprobó la reglamentación de los arts. 78 y 139 de la ley 1181 y dispuso: "*Art. 2º.* Requiérase a las autoridades de la Caja de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y al Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, que en un plazo de 60 días acerquen a la Secretaría de Justicia y Seguridad Urbana, las propuestas para la reglamentación del resto del articulado de la ley 1181"; "*Art. 3º.* La Autoridad de Aplicación dictará todas las normas aclaratorias y complementarias que resulten necesarias para el cumplimiento de la presente reglamentación".

Posteriormente, y a través del dec. 151/07 (publicado en el *BOCBA* 2615 del 30/1/2007), el Jefe de Gobierno ratificó su potestad reglamentaria en ocasión de un reclamo administrativo que formulara CASSABA a fin de que se derogase el dec. 2046/06 por razones de incompetencia del órgano emisor.

Fue allí que el Ejecutivo rechazó el reclamo de la Caja y la intimó para que, en el término de cinco días, dejara sin efecto una "reglamentación" de los arts. 1º a 110 de ley que emitiera la Asamblea de Representantes (resol. 004-A/05); bajo apercibimiento de impulsar judicialmente la impugnación del acto.

En síntesis y, a diferencia de la postura de la Sala I de la Cámara CAyT, opino que CASSABA excedió el marco establecido en la ley 1181 al reglamentar del modo y con la extensión que lo hiciera.

8. La demandada intenta —sin éxito— fundar la validez de la ley 1181 que dictara en algunos de los considerandos de la resol. 004-A/05: así, que el Directorio hubiese proyectado la reglamentación de la ley, que la hubiera sometido a consideración de la Asamblea y que, esta última, conforme resultaría de los términos del art. 131, inc. 21 de la ley 1181, posee "la facultad (...) de aprobar [la] reglamentación de dicha ley".

Cabe destacar, como lo hiciera más arriba, que la ley 1181 no confiere (ni hubiese podido hacerlo por razones de índole constitucional) a ninguno de los órganos de CASSABA atribuciones para reglamentar ese texto legal.

Subrayo que en particular, el art. 131, inc. 21 (citado por la demandada) sólo reconoce que el Directorio puede proyectar (no así, ejecutar) modificaciones a la ley o a su reglamentación y que la Asamblea, como "autoridad máxima de la Caja" (art. 111 de la ley 1181), puede abordar el tratamiento de las diversas propuestas modificatorias que el Directorio considerase pertinentes (además de las que ella pudiese considerar aun sin intervención de aquél).

Sin embargo, las razones que invoca CASSABA —persona jurídica de derecho público no estatal—, no la autorizan a suponer que podía, debido a su "autonomía económica y financiera" (art. 2º de la ley 1181), sustituir en el ejercicio de sus funciones a la autoridad constitucionalmente competente para emitir la reglamentación de la ley. Esta es una facultad del Jefe de Gobierno sujeta, conforme con el art. 101 de la CCBA, a los recaudos allí indicados para que esa facultad pueda ser ejercida en forma legítima.

Al reglamentar la ley, CASSABA ha obrado con prescindencia de los marcos institucionales fijados por el orden constitucional vigente en la Ciudad".

4. Las razones expuestas en el precedente citado más arriba fundan la inconstitucionalidad de la resol. 004-A/05 y me eximen de pronunciarme en relación a las otras cuestiones constitucionales planteadas en el recurso en análisis.

5. Con apoyo en las consideraciones que anteceden voto por: *a)* hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por Valeria Vanesa Haiek; *b)* revocar la sentencia de la Sala II de la Cámara CAyT que rechazó el amparo; *c)* confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró inconstitucional la reglamentación del art. 5º de la ley 1181 efectuada por la CASSABA en su resol. 004-A/05; y *d)* imponer las costas a la vencida.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Por fuera de los requisitos extrínsecos del recurso, coincido con la señora jueza de trámite al estimar que la recurrente, con o sin razón sobre el fondo de la cuestión, ha planteado un verdadero caso constitucional. En efecto, el recurso interesa, según su propia articulación, en primer lugar, al poder de reglamentar las leyes que dicta el Parlamento (CCBA, 102); en segundo lugar, al principio de legalidad de las contribuciones y tributos (CCBA, 51, 80, inc. 2º, punto a) y, más allá de ello, al derecho individual de ejercer una industria, oficio o profesión lícitos. En razón de las consideraciones expuestas, concluyo que la Cámara ha concedido acertadamente el recurso.

El núcleo del amparo versa acerca de la posibilidad de imponer ciertas contribuciones a los abogados por el ejercicio profesional ante los tribunales de la Ciudad de Buenos Aires, según la ley 1181 y su reglamentación por CASSABA (resol. 004-4/05). La amparista sostiene que la reglamentación no le corresponde

a CASSABA sino al Poder Ejecutivo, y agrega que aun si se acepta la posibilidad de que CASSABA reglamente la ley, la forma concreta en que lo ha hecho excede el marco de los "pormenores y detalles" materia de reglamentación y contradice la ley citada. Por último, sostiene, todo ello representa una imposición ilegítima (C.N., arts. 14, 14 bis y 17) para el ejercicio de la profesión de la actora (abogada).

No resulta ocioso recordar que el Tribunal ya ha expresado que la inconsecuencia constitucional de la reglamentación de una ley, de alcance general, *es* materia constitucional; yo incluso lo sostuve en el marco de una acción de inconstitucionalidad de tipo abstracto, esto es, de aquéllas reguladas por el art. 113, inc. 2º de la CCBA (ver mi voto en el expte. nº 506/00, "Hipódromo Argentino de Palermo S. A. c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", resolución del 28/6/2001, apart. I, puntos 1 a 3).

2. Como se consigna en los 'resulta' del voto de la señora jueza de trámite, la Sala II de la Cámara CAyT revocó la sentencia de primera instancia —que amparaba a la actora—, con sustento en los fundamentos del TSJBA en el caso "Fornasari, Norberto Fabio c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 4911/06, sent. del 18/4/2007, al que el pronunciamiento impugnado remite (ver fs. 149). Verificado el acierto de esa remisión, expondré mi opinión para resolver el *sub examine* sin apartarme de los argumentos centrales que fundaron mi temperamento en el precedente mencionado.

3. Debo reconocer que no existe queja del demandado sobre la vía utilizada por la actora para tramitar el litigio. Ello parecería obturar mi posibilidad de discrepar al respecto. Empero, como pretendo demostrarlo, la vía elegida no sólo es ilegítima e inidónea para resolver el conflicto suscitado en esta controversia, sino que, además, limita la posibilidad de decisión del Tribunal aun en torno al recurso interpuesto.

En primer término, debo señalar que el examen de la demanda y el recurso parecían sugerir, antes bien, que se somete a consideración del TSJBA una acción declarativa de certeza (regulada por el CCAyT, 277, y por el CPPN, 322), en lugar de un amparo frente a la lesión manifiesta de las reglas constitucionales utilizadas por el recurso en contra de la sentencia de la Cámara. En efecto, bien que en un escenario hipotético, aquí se trata, a lo sumo, de una pretensión —eventualmente ejercida por el demandado— de establecer un crédito a su favor, cuyo deudor sería el amparista, cuestión para la cual, en el caso de ejercicio judicial de esa pretensión, basta la posibilidad de defensa concedida a los deudores cuando son demandados en esa calidad. Si ello no es así, y tan sólo se trata de una posibilidad futura —hoy abstracta— de ejercicio de esa pretensión por parte del demandado, la cuestión se subsume, según ya lo hemos advertido, en una acción declarativa de certeza conforme a las leyes antes indicadas.

Como ya lo he dicho en casos recientes, no resulta legítimo reemplazar procedimientos judiciales previstos en la ley procesal por el amparo como trámite más sencillo y rápido, teóricamente (ver, por ejemplo, expte. nº 4809/06, "doctor Ricardo

Monner Sanz c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA] s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. nº 4313/05, "Lotería Nacional Sociedad del Estado s/queja por recurso de apelación ordinario denegado en 'doctor Ricardo Monner Sanz c/Instituto de Juegos de apuestas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otros s/otros procesos incidentales'", resolución del 6/10/2006 y expte. nº 4781/06, "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Alonso, Daniel c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA]'", resolución del 30/11/2006, así como en los casos mencionados en los fundamentos de ese voto).

Nótese que, de haberse seguido los pasos que la ley procesal exige, habríamos estado frente a la sentencia emanada de un juicio ordinario (o, al menos, sumario), con todos los trámites clásicos en este tipo de procedimientos (defensa y prueba) que habrían definido mucho mejor el litigio planteado por el actor. Al respecto, la vía elegida es particularmente inidónea para resolver problemas como el que se nos presenta, acerca de la existencia o posibilidad de existencia de un crédito del que es deudor una persona determinada. Repárese también en que el art. 14 de la CCBA abre esta vía "expedita y rápida... siempre que no exista un medio judicial más idóneo...". El amparo no constituye un procedimiento judicial genérico y electivo —a gusto del actor—, que suplante o reemplace a los procedimientos *específicos* reglados. El amparo supone, en cambio, dos condiciones: en primer lugar, la evidencia inicial de la ilegitimidad del acto u omisión cuestionados y, en segundo lugar, el daño grave e inminente a un derecho constitucional o legal que deba ser restablecido de inmediato. Para decirlo en términos vulgares, se trata de una verificación sencilla e inmediata, según sucede en su pariente, relativo a la libertad locomotiva, *el habeas corpus*, que no tiene por objeto verificar la culpabilidad de alguien en el hecho imputado, sino, por lo contrario, hacer cesar una medida manifiestamente ilegítima y restrictiva de la libertad.

4. Conforme a mi interpretación, ni una ni otra condición están presentes en el caso analizado pero me basta, para desestimar el recurso y no decidir por fuera del litigio constitucional planteado por la actora y contestado por el demandado, tornar plausible que la ilegitimidad constitucional que demanda la actora en esta presentación no resulta evidente, ni manifiesta. He allí la limitación intrínseca del recurso interpuesto, dada la acción ejercida. Se pretende que se haga lugar al amparo (actora) o que no se haga lugar al amparo y, para ello, el recurso de inconstitucionalidad resulta doblemente limitado: en principio, por la materia que supone el recurso, que no involucra a la solución del Tribunal de mérito bajo el aspecto de la interpretación de la ley común (infraconstitucional) que rige el caso; en segundo lugar, el petitorio clásico de la acción ejercida, en cuanto refiere a una lesión —sólo constitucional conforme al recurso interpuesto— manifiesta.

a) Es extremadamente dudoso que CASSABA, organización de derecho público no estatal, carezca por completo de poder reglamentario sobre la ley que la rige. En razón de que el Poder Ejecutivo local no representa al ejecutor de esta ley, gran parte de la doctrina ha admitido que la orga-

nización de derecho público no estatal posee poderes de reglamentación de la ley cuya ejecución le ha confiado el Parlamento.

b) Por supuesto, este poder de reglamentación, reconocido por gran parte de la doctrina, debe ejercerse en los límites de la ley y sin contradecirla. Sin embargo, resulta también sumamente dudoso que la reglamentación ensayada por CASSABA (art. 5º, resol. 004-4/05) contradiga la ley o exceda aquello que es materia de reglamentación. Tan pronto como se examina ese art. 5º, se advierte que él comienza por repetir el texto de la ley y, posteriormente, somete a contribución tan sólo el resultado del trabajo profesional ejercido ante los tribunales de la Ciudad. De manera similar, el organismo vigente en cualquiera de las provincias somete también el resultado económico de los pleitos relativos a su jurisdicción a ciertas contribuciones que aquí no son discutidas, pero que resultan paradigmáticas. Para el caso, pues, de seguirse la argumentación de la recurrente, los honorarios judiciales o extrajudiciales obtenidos en el territorio y ante los tribunales de la Ciudad de Buenos Aires, no contribuirían a ningún régimen previsional. De tal manera, aun desde este punto de vista, la cuestión es sumamente discutible y no constituye una lesión manifiesta. Por las mismas consideraciones se explica que sea sumamente dudoso el hecho (puramente fáctico) de que un mismo salario, ganancia u honorario haya sido sometido varias veces —al menos dos— a una contribución.

c) Tampoco puede afirmarse tan fácilmente la superposición de aportes en el sentido de la afiliación a otro régimen previsional puesto que, como ocurre normalmente, las contribuciones efectuadas ante un organismo pueden ser hechas valer, según determinadas condiciones, frente al organismo que concede el haber previsional. Aun el Estado procede de la misma manera cuando el agente, como es el caso de quien suscribe, no sólo contribuye y contribuyó por su actividad de juez, sino que también contribuyó contemporáneamente por su actividad docente o, incluso, profesional.

d) Menos puede sostenerse algún agravio "manifiesto" relativo al derecho de ejercer un trabajo, una profesión o una industria lícita, o, genéricamente, relativo al derecho de propiedad, todas garantías constitucionales del ciudadano. Nadie le ha impedido a la abogada actora —y ello no es tema de este amparo— ejercer su profesión en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires. No sólo CASSABA no es autoridad competente para reglamentar este aspecto de la cuestión, sino que, además, el título universitario de abogado habilita a ejercer la profesión en cualquier parte del territorio de la república, sujeto ello al cumplimiento de las demás exigencias burocráticas relativas al control de la actividad profesional que, generalmente, cumplen los colegios de abogados o, de otra manera, un tribunal.

e) Igualmente discutible, esto es, no manifiesto ni evidente como lesión constitucional, es el agravio referido al principio de legalidad en materia

tributaria. Aun cuando pueda coincidirse en afirmar que las prestaciones previsionales son contribuciones que, en una clasificación extensiva, pueden ingresar a la materia tributaria (impuestos, tasas y contribuciones —un tópico mejor explicado en el voto de mi colega, el señor juez José O. Casás en la causa "Fornasari", voto que reproduce parcialmente la Cámara precisamente en punto a este tema; ver fs. 149 vta./150—), lo cierto es que el art. 5º de la ley 1181 no implica, necesariamente, que el fruto económico del trabajo de un abogado en el territorio de la Ciudad de Buenos Aires y en los tribunales allí ubicados quede exento de aquellas contribuciones que no están basadas en servicios ni beneficios concretos para el contribuyente, sino, por lo contrario, en aquellas fundadas en los principios de universalidad y solidaridad, esto es, en toda prestación previsional o social, cualquiera que sea el sistema que se adopte. Tampoco resulta correcto afirmar que la amparista no recibirá beneficio alguno por sus aportes previsionales, cualquiera que ellos sean, pues, como ya lo señalamos, esas contribuciones —bajo ciertas condiciones que, precisamente, regula la misma ley—, podrán ser proyectadas al haber jubilatorio final de la accionante. La circunstancia apuntada verifica que estos agravios tampoco pueden tildarse de evidentes o manifiestos desde el punto de vista constitucional.

5. Por las consideraciones que anteceden, mi solución, al igual que la de la Cámara pero parcialmente por otros motivos, consiste en rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la actora y, con ello, el amparo requerido. Las costas del proceso se imponen por su orden (art. 14, CCBA).

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

1. El recurso de inconstitucionalidad deducido por Valeria Vanesa Haiek se dirige contra una sentencia definitiva emanada del superior tribunal de la causa, pero no puede prosperar.

2. Tal como lo sostuvo la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo CAyT al dictar la sentencia ahora recurrida (fs. 149/150 vta.), una cuestión análoga a la ventilada en el presente proceso ha sido abordada por este Tribunal *in re*: "Fornasari, Norberto Fabio c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido" (expte. nº 4911/06), resolución del 18/4/2007.

3. Pues bien, dado que el *a quo* realizó una remisión a los argumentos desarrollados por este Estrado en el aludido precedente, a fin de proponer un caso constitucional susceptible de habilitar la vía de excepción prevista en el art. 113, inc. 3º, de la CCBA, la parte actora debía formular una crítica concreta y razonada de la posición adoptada por los jueces del Tribunal que integraron la mayoría en aquella oportunidad en torno a las cuestiones constitucionales en debate. Sin embargo, de la lectura del recurso de inconstitucionalidad interpuesto se desprende que los planteos allí vertidos sólo resultan una reiteración de aquellos formulados con anterioridad.

Así entonces, dado que los agravios esgrimidos no se hacen cargo de rebatir los diversos argumentos brindados por el Tribunal en el precedente citado —a los que se remitió lisa y llanamente la Cámara para desestimar la pretensión de la actora—, el remedio intentado debe ser rechazado.

Ya ha sostenido al respecto este Tribunal que para habilitar la instancia recursiva prevista en el art. 27 de la ley 402 no basta con la invocación genérica y esquemática de agravios o sostener un criterio interpretativo distinto del seguido en la sentencia objetada —*in re*: "Sotomayor, Horacio Enrique s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado" en: "Sotomayor, Horacio Enrique c/GCBA s/ amparo (art. 14, CCBA)", expte. nº 2267/03, sent. del 20/6/2003, y "Cervecería y Maltería Quilmes SAICAyG s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado" en: "GCBA c/Cervecería y Maltería Quilmes SAICAyG s/ejecución fiscal", expte. nº 3137/04, sent. del 22/12/2004, entre muchos otros].

4. La recurrente suma a los tres cuestionamientos que fueran tratados por este Tribunal en la causa "Fornasari", ya citada, una interpretación del art. 125 de la C.N. que determinaría la incompetencia de la Ciudad para crear organismos de seguridad social. Señala el actor, "…'esos organismos de seguridad social' [a que se refiere el mencionado artículo] eran los preexistentes a la reforma de 1994 y, en consecuencia, ni las Provincias ni la Ciudad contaban antes y menos después de la misma con facultad alguna para *crear* nuevos regímenes de seguridad social, en el caso CASSABA. Es decir, la Constitución Nacional es clara cuando habla de *conservar* los regímenes, pero no da facultades para *crearlos*…" (fs. 158) (lo destacado corresponde al texto original). Manifiesta, asimismo, que en el caso de la Ciudad la violación a dicha previsión constitucional reviste mayor entidad porque ni siquiera detenta la autonomía de una provincia.

5. Dicho planteo corresponde a una interpretación literal posible, aunque no única, del texto del citado art. 125 privado de su contexto. Instalado en él, la solución es otra.

5.1. En primer lugar, no asiste razón al recurrente en cuanto afirma que las provincias carecían de la facultad de crear regímenes de seguridad social, con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, afirmación que, por cierto, contradice su propia lectura del art. 125, puesto que no se puede conservar, en ningún sentido de esta palabra, aquello de lo que se carecía. Ello es así a menos que esgrima, algo que no hace, la idea de que el art. 125 no vino a limitar a las provincias sino a convalidar la invasión al ámbito federal en que hubieran incurrido al crear esos organismos. Esta interpretación es imposible de sostener, puesto que con bastante antelación a esa reforma, la CSJN reconoció a las provincias el poder de establecer regímenes como el que se discute en autos. En este orden de ideas, en *Fallos,* 286:187 sostuvo que "[l]as provincias pueden, en ejercicio de los poderes no delegados, crear organismos con fines de asistencia y de previsión social y establecer un régimen estatutario, en el que queden comprendidas determinadas categorías de personas en razón de la actividad profesional que desarrollan en sede provincial. La creación de tales entes no configura una indebida injerencia en materia propia del Congreso

Nacional (arts. 104, 105, 107 de la C.N.); sin que pueda darse la tesis contraria en el texto del art. 14 bis, pues la referencia que allí se hace a que 'el Estado otorgará los beneficios de la seguridad social' abarca tanto al Estado Nacional como a los provinciales" (sumario).

5.2. La reforma constitucional de 1994 introdujo modificaciones en el texto del ex art. 107 de la C.N., que arrojaron como resultado el actual art. 125. Dicho artículo establece, en lo pertinente, que "[l]as provincias y la ciudad de Buenos Aires pueden conservar organismos de seguridad social para los empleados públicos y los profesionales…". En la interpretación que postula el recurrente la voz 'conservar' en el texto de esa norma quiere decir lo siguiente: las provincias que tuvieran organismos de seguridad social antes de 1994 los podrán conservar, pero carecen de la facultad de crear otros nuevos. Con arreglo a ese criterio la reforma constitucional de 1994 habría querido discriminar entre dos clases de provincias, a saber, *i)* las que detentaban cajas previsionales antes de la reforma de 1994 y *ii)* las que no las tenían. Es decir, se habría querido discriminar entre provincias de primera y de segunda categoría, aun cuando pesaría sobre todas el impedimento de crear organismos previsionales. El primer grupo estaría compuesto por las provincias que pueden conservar sus regímenes de seguridad social por detentarlos con anterioridad a la reforma y, el segundo, por aquellas que, por no haber establecido hasta esa fecha dicha clase de regímenes, carecerían de la facultad de poder conservarlos puesto que nadie puede conservar lo que no tiene. En otras palabras, con posterioridad a la mencionada reforma, las provincias habrían quedado divididas entre las que tienen Cajas previsionales y las que no. Esta hipótesis no es conciliable con un texto más comprensivo como es el del art. 121 que solamente admite, como excepción a la igualdad que sienta, los poderes reservados por una provincia mediante pactos celebrados al tiempo de su incorporación, cláusula que, en el momento de su sanción, contemplaba tan sólo la situación de la Provincia de Buenos Aires, y no se conocen otras sobrevinientes. Por otra parte, lo esencial no es que solamente los pactos especiales sirvan para reservar poderes sino que no existen poderes reservados por la propia Constitución para unas provincias y no para otras. La reserva especial tan sólo para algunas jurisdicciones es una quiebra del sistema federal tal como está concebido, por lo que sólo se la admitió en una hipótesis extrema como fue la de la incorporación de la Provincia de Buenos Aires a la Unión. En este orden de ideas, tal como dijimos, en el único supuesto en que la Constitución realizó una distinción entre las provincias como la propuesta por el actor fue en el caso de la previsión del actual art. 121 de la C.N. en cuanto establece que las provincias conservan todo el poder "…que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación" (texto incluido en la reforma constitucional de 1860). Esa discriminación entre las provincias que habían celebrado acuerdos al tiempo de su incorporación y las que no lo habían hecho, no sólo surge de manera expresa del texto constitucional (a diferencia de la que postula el actor en el *sub examine*), sino que, también, de la intención de quienes realizaron la reforma de 1860. Tal como lo ha recordado la CSJN en numerosos precedentes, a los que cabe remitirse (*Fallos,* 186: 170; 256:588; 276:432; 301:1010; en la causa B. 166. XL, entre muchas

otras), las razones de esa discriminación fueron elocuentemente explicadas en el "Informe de la Comisión Examinadora de la Constitución Federal", suscripto por los convencionales constituyentes Mitre, Vélez Sarsfield, Mármol, Cruz Obligado y Sarmiento, quienes buscaron con ello posibilitar la integración de la Prov. de Buenos Aires a la Nación.

5.3. Conspiran también contra dicha conclusión desequilibrante del federalismo: *i)* las razones invocadas por los convencionales constituyentes de 1994; *ii)* una interpretación sistemática de la Constitución Nacional y; por último, *iii)* el texto mismo del mencionado art. 125.

5.4. Los convencionales constituyentes de 1994 se plantearon la cuestión propuesta por el recurrente y descartaron que pudiera asignársele a dicho término el alcance hoy propuesto por el actor porque entendieron que, entre otras razones, una interpretación con tal alcance se hallaría en franca oposición con el texto del art. 14 bis de la Carta Fundamental, artículo este último que estaban impedidos de modificar, por lo que hacerlo supondría de por sí la nulidad de la reforma. En este orden de ideas, la CSJN *in re* "Ríos, Antonio Jesús" (*Fallos,* 316:2743) señaló que "...de ningún modo, los poderes conferidos a la Convención Constituyente pueden reputarse ilimitados, porque el ámbito de aquéllos se halla circunscripto por los términos de la norma que la convoca y le atribuye competencia. En sentido coincidente vale destacar que, las facultades atribuidas a las convenciones constituyentes están condicionadas '...al examen y crítica de los puntos sometidos a su resolución, dentro de los principios cardinales sobre qué descansa la constitución' (Gorostiaga, Manuel: *Facultades de las convenciones constitucionales,* Estado Cromo-Lito-Tipográfico J. Ferrazini y Cía., Rosario, 1898, pp. 52 y 53)'". Esta situación llevó a mantener el texto del art. 14 bis, con todo el significado e implicancias que le habían asignado el Estado nacional y las provincias en el cuerpo normativo anterior a 1994. En tal sentido, si bien es cierto que el art. 125 impacta en el art. 14 bis no lo hace destruyéndolo como ocurriría de aceptar la tesis propuesta por el recurrente. En lugar de ello, consagra el reparto de las competencias existentes en la práctica hasta esa fecha y que consistía en que las cajas para los empleados públicos y profesionales estuvieron, habitualmente, a cargo de las provincias y, en cambio, las del empleo privado fueron asumidas por el Gobierno nacional —situación que encuentra razones atendibles en la cláusula comercial (art. 75, inc. 13 de la C.N.), dado que los productos generados por esa actividad tienen como destinatario a todo el país y no a una jurisdicción determinada—. Con lo que, en última instancia, lo que hizo el art. 125 fue dar una interpretación que consagra la situación que de hecho había tenido lugar entre las provincias y el Estado nacional, esto es, que mientras exista un régimen nacional que regule el empleo privado, éste desplaza al provincial. Con el objeto de acreditar lo expuesto, basta con transcribir algunas de las intervenciones de los convencionales de 1994, por cierto, coincidentes. El convencional por Córdoba, el señor Ortiz Pellegrini, señaló que "[n]o debe entenderse que este artículo, agregado al 107, limita las competencias de las provincias en materia de seguridad social, consagradas por el art. 14 bis. Dejo sentado esto

porque según el art. 6º de la ley 24.309 no podemos tocar la parte dogmática de la Constitución. En consecuencia, no debe entenderse que este artículo limita las atribuciones y competencias de las provincias en materia de seguridad social.// Además, cuando decimos que las provincias y la ciudad de Buenos Aires pueden conservar organismos de seguridad social, no hacemos más que una aplicación específica de las facultades conservadas para sí por las provincias en el art. 104 de la C.N. En materia de seguridad social las provincias conservan todos los poderes no delegados. Se ha empleado el mismo verbo. Entonces entiendo que aquí lo que se está haciendo es únicamente una aplicación específica de este principio general".[17] A su vez, ante el pedido del señor Presidente de querer conocer el texto que proponía la comisión para el artículo que nos ocupa, el convencional por la Pampa, señor Marín (R.H.) señaló que [e]l texto que se propone es el siguiente: "Agrégase como último párrafo del art. 107 el siguiente: Las provincias y la ciudad de Buenos Aires pueden conservar organismos de seguridad social para los empleados públicos y los profesionales; y promover la educación, la ciencia, el conocimiento y la cultura." Según la interpretación realizada por el señor convencional preopinante, que esta comisión comparte, el art. 14 bis, que no fue derogado, sostiene lo que acaba de decir el señor constituyente". A lo que agregó con posterioridad, que "[t]odos sabemos que esta es una facultad concurrente entre el poder central y las provincias, la que no ha sido dejada sin efecto en la redacción de este artículo".[18] A su turno, la señora convencional por el Chaco, señora Carrió, la que en un primer momento había requerido a la Comisión que se incluyera alguna expresión que aclarara con mayor ahínco que la intención no era cercenar las facultades reconocidas hasta entonces a las provincias, sostuvo que "con respecto al tema 'conservar' creo que se ha incurrido en una confusión. Digo esto porque sólo se conserva la competencia que se tiene; y una competencia que se tiene en los términos del art. 104 de la C.N. puede perderse por una prohibición expresa en la Carta Magna, que no existe, o por una delegación expresa, que tampoco existe ni se está aprobando.// En consecuencia, se está conservando la competencia que se tiene en virtud del art. 104, tal como lo ha declarado la Corte en el caso 'Marcelino Sánchez contra la provincia del Chaco'".[19]

En tales condiciones, la interpretación que postula el recurrente no se compadece con la voluntad manifestada por los convencionales constituyentes ni encuentra respuesta a las razones vertidas por ellos, quienes, como señalamos *supra,* si bien se plantearon la cuestión debatida en autos, descartaron que se pudiera extraer del texto del art. 125 una distinción como la propuesta por el actor.

[17] *Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente¸* 28ª reunión, 3ª sesión ordinaria (Continuación), 10/11/8/1994, *(http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/Debate-constituyente.htm),* 30/4/2008, p. 3876.

[18] Ídem, p. 3878.

[19] Ídem, p. 3883.

5.5. A su vez, tal como quedó indicado en el párrafo que antecede, la argumentación del recurrente olvida inadmisiblemente el art. 14 bis. Ese artículo otorga a las provincias, en forma concurrente con el Estado nacional, la facultad de establecer regímenes de seguridad social y el art. 125, conforme el alcance que le acuerda el recurrente, vendría a eliminar esa facultad provincial. Esa interpretación no resulta convincente. Por un lado, porque estaría en contraposición con la regla que tiene desarrollada la CSJN, desde tiempo inmemorial, según la cual "[l]a interpretación de la Constitución Nacional no debe efectuarse de tal modo que queden frente a frente los derechos y deberes por ella enumerados, para que se destruyan recíprocamente; antes bien ha de procurarse su armonía dentro del espíritu que les dio vida; cada una de las partes ha de entenderse a la luz de las disposiciones de todas las demás, de tal modo de respetar la unidad sistemática de la Carta Fundamental" (*Fallos,* 312:496, entre muchos otros). Por el otro, porque arrojaría como consecuencia la violación por parte de los convencionales constituyentes de 1994 del art. 6º de la ley 24.309, puesto que habrían modificado el art. 14 bis*,* el que con arreglo a dicha previsión legal, estaban impedidos de modificar (conf. lo tenía decidido, tal como quedó expuesto *supra,* la CSJN *in re* "Ríos, Antonio Jesús", ya citada).

5.6. Tampoco resulta razonable la interpretación que propone el recurrente desde el punto de vista del texto mismo del art. 125, C.N. Si dicho artículo dijera lo que el actor extrae de él, esto es, 'que las provincias que tuvieran organismos de seguridad social para los empleados públicos y los profesionales antes de la reforma de 1994 podrán conservar esos organismos, pero les es eliminada la competencia para crear otros nuevos', carecería de sentido alguno que el artículo hiciera referencia a "las provincias" y a la CABA. Antes de la reforma de 1994 la Ciudad no se encontraba enmarcada en la hipótesis propuesta por el recurrente. Consecuentemente, carecería de sentido su inclusión en el artículo, con el alcance que le asigna el recurrente, puesto que no tenía qué poder 'conservar'. A su vez, tampoco se justificaría la expresión "las provincias" porque habría sido más conducente enunciar de manera taxativa a todas las que detentaban organismos de seguridad social a esa fecha, sin realizar una mención genérica como la que se ha hecho o, al menos, decir "las provincias que poseyeran…", en lugar de expresar ese conjetural pensamiento de un modo inadecuado. Así las cosas, la interpretación propuesta por el actor resulta contraria a la doctrina que tiene sentada la Corte según la cual "[l]as leyes deben interpretarse siempre evitando darles un sentido que coloque en pugna sus disposiciones y adoptando como pertinente el que las concilie y deje a todas con valor y efecto" (*Fallos,* 315:929; 304:794, entre muchos otros).

5.7. En tales condiciones, la interpretación que corresponde asignarle a la voz "conservar" no puede ser otra que la que le asignaron los constituyentes de 1994, esto es, que las provincias (conf. el art. 14 bis de la C.N., y del juego de los arts. 75, 121 y 126 y concs.) y la CABA (a partir del 1994 con la inclusión del art. 129 en la C.N.) pueden conservar las facultades, que detentaban hasta esa fecha, de establecer organismos y, consecuentemente, regímenes de seguridad social en ciertos ámbitos compatibles con el ejercicio de una facultad en que concurren Nación y Estados

locales. En congruencia con ello, cabe señalar que el art. 125 de la C.N. habla de reservas de poderes, no de estructuras como sostiene el actor.

5.8. Por último, la distinción que busca establecer el recurrente entre la autonomía que detentan las provincias y la que goza la CABA, resulta insustancial para la cuestión debatida en autos. Es el mismo art. 125 el que pone en paridad de condiciones a la Ciudad con el resto de las provincias con relación a los poderes que detentan en lo que hace a la materia seguridad social. Asimismo, la mencionada paridad no se ve conmovida porque el art. 14 bis no mencione a la CABA cuando trata dicha cuestión, puesto que, como ya señalé, los convencionales de 1994 se encontraban impedidos de modificar el mencionado artículo. Consecuentemente, la inclusión de la Ciudad en el art. 125 bien pudo tener por fin subsanar dicha imposibilidad y, por lo demás, está contemplado en el art. 129 que no limita las facultades legislativas de la Ciudad.

También corresponde destacar —a todo evento— que el planteo de la actora, de todos modos, ha pasado por alto un aspecto central de la cuestión —que va más allá de la interpretación de una norma legal emanada de la Legislatura local—. En efecto, el art. 81.5 de la CCBA contempla de manera expresa entre las atribuciones de la Legislatura local la de "crear organismos de seguridad social para empleados públicos y profesionales". De allí que, para la correcta fundamentación del agravio esbozado, era necesario haber planteado por la vía pertinente la inconstitucionalidad de la apuntada cláusula constitucional local.

En virtud de las consideraciones expuestas, corresponde rechazar el recurso deducido a fs. 154/158 vta. e imponer las costas en el orden causado en atención a lo dispuesto en el art. 14, CCBA.

Así lo votamos.

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el señor Fiscal General Adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por Valeria Vanesa Haiek.

2º. *Imponer* las costas en el orden causado.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y se devuelvan las actuaciones al tribunal remitente.

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

En similar sentido se resolvió en las causas 5533/07 "Nesprias, Claudia Marcela c/Caja de Seguridad Social para Abogados de la CABA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y nº 5550/07 "Fiedotin, Gabriel Fernando c/Caja de Seguridad Social para Abogados de la CABA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", también del 14/5/2008.

LXXXVIII

"CENTRAL PUERTO S.A. C/GCBA S/REPETICIÓN (ART. 457, CCAYT) S/RECURSO DE APELACIÓN ORDINARIO CONCEDIDO"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Cuestión federal. Acordada 4/07 CSJN. Arbitrariedad de sentencia. Cuestiones de hecho y prueba.

SUMARIOS:

1. No puede ser admitido el recurso extraordinario federal que no se adecua al, inc. e) del art. 3º del reglamento aprobado por la Acordada 4/07 de la CSJN, que establece como requisito la demostración de la relación directa e inmediata entre las normas federales invocadas y lo debatido y resuelto en el caso. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde).*

2. No se ha logrado presentar un caso federal, al no vincular los errores que se atribuyen al pronunciamiento impugnado con la lesión de la garantía de la defensa en juicio y del debido proceso (ni de ningún otro precepto constitucional), privando así de todo sustento a la tacha de arbitrariedad ensayada *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde).*

3. El meollo de la argumentación vertida en el recurso es fáctico y las normas que se invocan para sustentar el planteo, son de carácter local y común, circunstancia que impide el ejercicio de la vía prevista en el art. 14 de la ley 48. *(Voto del señor juez Julio J. B. Maier).*

4. No corresponde articular la cuestión federal por medio de la noción de arbitrariedad de la sentencia, causal que no tiene por finalidad abrir una nueva instancia ordinaria donde puedan discutirse cuestiones de hecho y prueba, ni la corrección de fallos equivocados o que se consideren tales, sino que sólo admite los supuestos de desaciertos u omisiones de gravedad extrema a causa de los cuales los pronunciamientos no pueden adquirir validez jurisdiccional. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

5. Salvo supuestos excepcionales, no corresponde a un Tribunal expedirse sobre la arbitrariedad de su propio pronunciamiento, pues, como principio, sería ilógico que descalifique una resolución propia por esa causal. *(Voto de los señores jueces José O. Casás y Luis F. Lozano).*

6. No se configura una cuestión federal cuando los planteos se circunscriben a cuestiones de hecho, prueba y derecho infraconstitucional, y a la discrepancia con la sentencia del Tribunal intentando una revaloración de los hechos invocados y elementos probatorios obrantes en la causa, aspectos que —más allá del acierto o error con que pudieron ser apreciados—, resultan ajenos al ámbito del recurso intentado. *(Voto de los señores jueces José O. Casás y Luis F. Lozano).*

Expte. nº 5351/07 - 14/5/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La sociedad Central Puerto S.A. (en adelante, "CP") interpuso recurso extraordinario federal (fs. 660/670 vta. y anexo obrante a fs. 659) contra la resolución del Tribunal (fs. 634/655) que rechazó el recurso de apelación ordinario planteado por la actora contra la sentencia de fs. 542/556 vta. y su aclaratoria de fs. 566/567 vta., con excepción del planteo referido a la regulación de honorarios de los letrados de la parte demandada por su intervención ante la Cámara.

2. El GCBA contestó el traslado del recurso extraordinario solicitando su rechazo, con costas (fs. 673/692 vta.).

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso extraordinario federal que luce a fs. 660/670 vta. fue presentado por escrito, ante el tribunal superior de la causa, y dentro del plazo previsto en el art. 257, CPCCN. También cumple con los requisitos formales previstos en los arts. 1º y 2º del Reglamento aprobado por la Acordada 4/07 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, el "Reglamento").

Sin embargo, la presentación en examen no puede ser admitida pues no se adecua al, inc. e) del art. 3º del Reglamento (que establece que el recurrente debe demostrar la relación directa e inmediata entre las normas federales invocadas y lo debatido y resuelto en el caso).

2. En efecto, la actora no plantea ningún caso federal. El eje argumental en que CP pretende fundar su recurso es la supuesta arbitrariedad del fallo cuestionado.

Por un lado, la recurrente manifiesta que la sentencia atacada incurrió en un error en torno al lugar de prestación de los servicios que resulta relevante y en consecuencia valoró equivocadamente las respuestas de oficios obrantes a fs. 359/360 y 370/371. Por otro, la accionante afirma (fs. 668 vta./669) que "el Tribunal convierte en exitosa la conducta del apoderado de la Ciudad de Buenos Aires que *niega la falta de prestación del servicio, pero al mismo tiempo no afirma que su mandante preste los servicios*" (el destacado aparece en el original).

3. Ninguno de los supuestos agravios *supra* referidos habilita la intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, "CSJN").

Como lo expusiera la CSJN en múltiples precedentes, 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 los recurrentes consideren tales, sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que, deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces 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 muchos otros).

La accionante sostiene que el Tribunal evaluó de manera errada hechos y pruebas de autos y la distribución de la carga probatoria. A partir de estas afirmaciones califica como arbitraria a la resolución recurrida. La lectura detenida del escrito de fs. 660/670 vta. muestra que la recurrente no logra presentar a partir de las consideraciones referidas un caso federal. CP no consigue vincular los errores que le atribuye al pronunciamiento impugnado con la lesión de la garantía de la defensa en juicio y del debido proceso (ni de ningún otro precepto constitucional). Esta circunstancia quita todo sustento a la tacha de arbitrariedad ensayada.

En síntesis, ante la ausencia de una cuestión federal la actora intenta sin éxito y mediante la invocación de la doctrina de la arbitrariedad, sostener el recurso extraordinario.

4. Por lo expuesto, el recurso interpuesto encuadra en el art. 11 del Reglamento que dispone que basta la insatisfacción de "alguno o algunos de los recaudos para la interposición del recurso extraordinario federal" o su cumplimiento deficiente para que aquél sea considerado inoficioso. Así lo voto, con costas.

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:

Sin perjuicio de los óbices formales —que pueden formularse, tal como lo pone de manifiesto la señora jueza de trámite, mediante argumentación que comparto— emergentes de la aplicación al caso de las previsiones contenidas en la Acordada 4/07 de la CSJN, debo señalar que en autos no se verifica la existencia de un caso federal, recaudo esencial para la procedencia del recurso extraordinario. En efecto, el meollo de la argumentación de la recurrente es fáctico y las normas invocadas por la recurrente para sustentar su posición, no bien se las examina, son de carácter local y común, circunstancia que impide el ejercicio del recurso previsto en el art. 14 de la ley 48.

En este punto, cabe consignar que la recurrente pretende que esa cuestión federal, ausente en el caso, sea articulada por medio de la noción de *arbitrariedad* de la sentencia, con manifiesta omisión de la doctrina de este Tribunal que sobre el asunto consignó reiteradamente que la arbitrariedad no tiene por finalidad abrir una nueva instancia ordinaria donde puedan discutirse cuestiones de hecho y prueba, ni la corrección de fallos equivocados o que se consideren tales, sino que sólo admite los supuestos de desaciertos u omisiones de gravedad extrema a causa de los cuales los pronunciamientos no pueden adquirir validez jurisdiccional (conf. doctrina de la CSJN, *Fallos,* 323:3139, entre muchos otros).

Por lo demás, la admisibilidad del recurso extraordinario por arbitrariedad, establecida por la CSJN a partir del *Fallos,* 184:137, es estricta pues tiende a cubrir casos de carácter excepcional (*Fallos,* 312:246, 387, 608, entre otros). La impugnación efectuada sólo pone de manifiesto el desacuerdo del recurrente 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).

En consecuencia, y por las razones expuestas, voto por denegar el recurso extraordinario federal, con costas (art. 68, CPCCN).

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

1. El recurso extraordinario federal 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 contra una sentencia que en el ordenamiento local reviste carácter definitivo (art. 14 de la ley 48, arts. 256 y 257 del CPCCN). Sin embargo, no puede prosperar.

2. "Central Puerto S.A." en el escrito de interposición del remedio federal reitera, en lo sustancial, lo expuesto en el recurso de apelación.

Sin perjuicio de que al emitir nuestro voto en el momento de fallar sobre el recurso ordinario interpuesto por la demandante, entendimos que correspondía dictar medidas probatorias para mejor proveer, la sentencia del Tribunal no puede ser calificada de arbitraria, único argumento expuesto por el recurrente para fundar su recurso extraordinario federal. Salvo supuestos excepcionales, no corresponde a un Tribunal expedirse sobre la arbitrariedad de su propio pronunciamiento, pues, como principio, sería ilógico que descalifique una resolución propia por esa causal.

3. A fs. 661 la firma recurrente pretende delinear la cuestión federal con apoyo en la doctrina de la arbitrariedad, señalando que: "Dicha arbitrariedad se manifiesta muy especialmente en lo relativo a la apreciación de la prueba de los hechos", añadiendo a fs. 664 que: "La doctrina que emana del fallo del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires objeto del recurso pone en crisis la posibilidad misma de que en alguna causa judicial se tenga por probada la falta de prestación de un servicio por parte del municipio, en tanto el Tribunal Superior en su pronunciamiento no cuestiona y antes bien premia la estrategia procesal del organismo municipal, que consiste en negar la falta de prestación del servicio pero al mismo tiempo no afirmar que dichos servicios sean prestados". Asimismo, en el capítulo III del escrito, titulado: "El vicio de arbitrariedad", luego de reseñar los antecedentes y la prueba producida en autos, se desarrolla que la arbitrariedad del fallo deriva del "manifiesto error en que incurre el Tribunal Superior en torno al lugar de prestación de los servicios que resulta relevante, y en la consecuente valoración de las respuestas de oficios" y de la "inadecuada consideración de que la contraria, cuando niega la no prestación de los servicios, al mismo tiempo no afirma que los presta" (conf. fs. 664/670).

Los argumentos brindados en el recurso extraordinario federal no alcanzan para tener por configurada una cuestión federal, en tanto "Central Puerto S.A." circunscribió sus planteos a cuestiones de hecho, prueba y derecho infraconstitucional, observándose que el reproche de la actora se traduce en una discrepancia con la sentencia del Tribunal intentando una revaloración de los hechos invocados y elementos probatorios obrantes en la causa, aspectos que —más allá del acierto o

error con que pudieron ser apreciados—, como es sabido, resultan ajenos al ámbito del recurso que aquí se intenta (*Fallos,* 310:2376, entre otros).

Además, con relación a esta doctrina, la CSJN ha repetido en numerosas oportunidades 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), supuestos que no se verifican en el caso (conf. lo resuelto, entre otros, en "Ministerio Público —Defensora Oficial en lo Contravencional Nº 7— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado" en "Matto Benítez, Pascual s/ley 255 —apelación", expte. nº 2166/03, resolución del 14/5/2003).

Por los argumentos expuestos, entendemos que el recurso extraordinario federal interpuesto a fs. 660/672 vta. debe ser denegado. Las costas de la incidencia se imponen a la parte vencida, por aplicación del principio objetivo de la derrota.

Así lo votamos.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

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

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva como está ordenado a fs. 655, punto 3.

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

LXXXIX

"ADMINISTRACIÓN GENERAL DE PUERTOS C/GCBA S/RECURSO DE APEL. JUD. C/DECIS. DGR (ART. 114, C.F.) S/RECURSO DE APELACIÓN ORDINARIO CONCEDIDO"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Cuestión federal. Acordada 4/07, CSJN. Arbitrariedad de sentencia. Gravedad institucional.

SUMARIOS:

1. Cabe denegar el recurso extraordinario federal cuando no se demuestra cuáles serían los defectos lógicos o argumentativos de la sentencia o de qué forma

quedaría descalificada como acto judicial, y sólo se pone de manifiesto el desacuerdo con las razones en que se funda la decisión, sin advertir que la tacha de arbitrariedad 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 que, justifican la descalificación de aquellos como actos judiciales válidos. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhiere el señor juez José O. Casás).*

2. La invocación de gravedad institucional como causal para la admisibilidad del recurso extraordinario federal, debe cumplir el requisito *sine qua non* de que exista en la causa una cuestión federal. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhiere el señor juez José O. Casás).*

3. Cabe denegar el recurso extraordinario federal que sólo pretende fundarse abstractamente en artículos de la Constitución Nacional, sin vincularlos de manera alguna con los aspectos concretos del caso. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

4. El recurso extraordinario es inoficioso si su articulación no satisface el recaudo exigido por el art. 3º, inc. e), que impone el deber de exponer la demostración de que media una relación directa e inmediata entre las normas federales invocadas y lo debatido y resuelto en el caso, y de que la decisión impugnada es contraria al derecho invocado con fundamento en aquéllas. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

5. Las previsiones del art. 75, inc. 30 de la C.N. carecen de relación directa con lo dispuesto en el pronunciamiento impugnado, porque el cobro del Impuesto sobre los ingresos brutos no fue atribuido por la recurrente al ejercicio de la potestad tributaria, sino a la magnitud adquirida por la deuda por la falta de pago sostenida en el tiempo. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

6. La invocación de los arts. 16, 17, y 18 de la C.N. no viene acompañada de desarrollo alguno que permita conectarlos con la sentencia atacada, por lo que resulta ineficaz para habilitar la instancia extraordinaria federal. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. nº 5374/07 - 14/5/2008.

VISTO:

el expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Administración General de Puertos S.E. dedujo recurso extraordinario (fs. 822/833) contra la decisión de fecha 20/2/2008 (fs. 778/817) por la que el Tribunal decidiera rechazar el recurso ordinario de apelación que había interpuesto.

2. El recurso fue contestado por el GCBA (fs. 838/858), quien solicitó su rechazo.

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE 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. La AGP fundamenta su recurso, esencialmente, en la causal de "arbitrariedad", por considerar que la sentencia cuestionada se sustenta en meras afirmaciones de naturaleza dogmática —lo que constituye un fundamento solo aparente de la decisión— y omite pronunciarse sobre cuestiones oportunamente introducidas, lo que afecta sus derechos constitucionales a la propiedad y la defensa en juicio —arts. 17 y 18, C.N.— (fs. 827 vta./832).

Sin embargo, el recurrente no demuestra cuáles serían sus defectos lógicos o argumentativos o de qué forma la sentencia quedaría descalificada como acto judicial. Por el contrario, se limita a poner de manifiesto su desacuerdo con las razones en que se funda la sentencia, sin advertir que "[l]a tacha de arbitrariedad 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 válidos" (*Fallos,* 235:654; 244:384; 248:129, 528 y 584 y otros).

3. Asimismo, la AGP sostiene que la pretensión de cobro del ISIB, convalidada por el fallo recurrido, constituye una grave interferencia a un establecimiento de utilidad nacional, lo que violaría el art. 31, C.N. y los antiguos, incs. 16 y 27 del art. 67 anterior a la reforma constitucional de 1994 —actuales, incs. 18 y 30 del art. 75, C.N.— (fs. 830/831).

Pues bien, en el apart. III.3.c) de mi voto sostuve que no existe norma nacional o local que exima a la AGP de pagar el ISIB, y si no fue contemplada la incidencia del mismo en su cuadro tarifario y/o presupuesto, ello resulta imputable al Estado nacional y no puede perjudicar al fisco local. Por lo tanto, concluí que la pretensión fiscal debatida en autos no interfería con los fines de la AGP, ya que la postura contraria *a)* implicaría atribuirle a otro Estado las consecuencias nocivas del propio descuido, contradiciendo principios básicos de nuestro sistema jurídico, *b)* afectaría el federalismo y las amplias facultades en materia económico-financiera de las que gozaba la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, y *c)* equivaldría a admitir que una empresa estatal nacional pueda, por su propia voluntad, crear una nueva exención de un impuesto local, y beneficiarse con ella.

Los doctores Casás (en el apart. III.5 de su voto) y Lozano (en el apart. 5 de su voto) también descartaron la alegada interferencia, por argumentos concordantes.

Como puede apreciarse, el recurrente vuelve a insistir con un planteo que ya fue analizado y descartado en la sentencia recurrida por los votos de los jueces que integraron la mayoría, por razones que no han sido adecuadamente rebatidas en el presente recurso.

4. Tampoco la invocación de la existencia de gravedad institucional (fs. 832 vta./833) 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. Ello conforme doctrina de la CSJN, que ha dicho que "la invocación de gravedad institucional no puede sustituir la inexistencia de cuestión federal que exige el art. 100 de la C.N." (*Fallos,* 311:121).

5. En conclusión, el recurrente efectúa una invocación genérica de cláusulas constitucionales supuestamente vulneradas (arts. 16, 17, 18, 31 y 75, incs. 18 y 30), pero no las desarrolla ni relaciona con la cuestión debatida en la causa de manera que permita sustentar un verdadero caso federal. En tal sentido, los agravios no han sido desarrollados de manera eficiente (conf. art. 280, CPCC) ni sustentados con la argumentación seria y fundada que un recurso de esta naturaleza requiere.

La Corte Suprema ha establecido que la sola mención de preceptos no basta para abrir la vía extraordinaria (doctrina de *Fallos,* 165:62; 181:290; 266:135; 310:2306; y muchos otros) y que la relación directa que la ley exige existe sólo cuando la solución de la causa requiere necesariamente la interpretación del precepto constitucional aducido (*Fallos,* 187:624; 248:129, 828; 268.2479). De otro modo, la jurisdicción de la Corte Suprema sería indebidamente privada de todo límite, pues no hay derecho que en definitiva no tenga raíz y fundamento en la Constitución Nacional, aunque esté directa e inmediatamente regido por el derecho no federal (*Fallos,* 295:335; 310:2306).

6. Por todo lo expuesto, corresponde denegar el recurso extraordinario federal, con costas a la vencida por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 68, CPCCN).

El juez Julio B. J. Maier dijo:

El recurso extraordinario de apelación federal, interpuesto por la AGP en relación al agravio que importaría el rechazo de su recurso ordinario de apelación, concedido por la Cámara respectiva, que deja subsistente la decisión de la misma Cámara en apelación confirmando la sentencia sólo parcialmente —liquidación del impuesto por la Ciudad de Buenos Aires—, no es procedente. Va de suyo que también ha quedado firme una parte de la sentencia favorable a la AGP, aquella que resuelve dejar sin efecto la multa impuesta.

Más allá de la interpretación que corresponda según la legislación común impositiva de la Ciudad de Buenos Aires, lo cierto es que el recurso extraordinario de apelación federal, tal como él lo expone, sólo pretende fundarse abstractamente en artículos de la Constitución Nacional, tales como los arts. 16, 17 y 18 (v. fs. 826, punto 4º), sin vincularlos de manera alguna con lo concreto del caso. Se ha dicho ya que el recurso extraordinario federal no constituye una nueva instancia, mucho menos cuando la síntesis de ese recurso hace referencia a que la sentencia del TSJBA de la Ciudad de Buenos Aires "adolece de arbitrariedad toda vez que no constituye una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a los hechos comprobados en el pleito" (v. fs. 827 vta., V, 1), o cuando se ataca la misma sentencia por errónea al decidir "el rechazo de la demanda instaurada por mi parte

y la imposición de la costas en un 70 % a cargo de mi mandante, cuando, a su vez rechaza la apelación interpuesta".

Más allá de mi opinión particular sobre la admisibilidad tanto del recurso de la contraria (Ciudad de Buenos Aires) como de aquel interpuesto por la AGP —opinión discrepante con la mayoritaria de este Tribunal (v. sentencia del TSJBA del 20/2/2008)—, nadie podrá decir, frente a la sentencia, que esa opinión mayoritaria carece de fundamento o que constituye una derivación irrazonable del derecho vigente y, mucho menos aún, que significa un apartamiento de los hechos comprobados ante la jurisdicción de mérito. Por ello, aun sin acudir a mi visión muy estricta respecto de la *arbitrariedad* (conf. mis votos en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público, no cesantía no exoneración", expte. nº 3565/04, resolución del 26/5/2005 y "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en "Lococo, Marcela c/GCBA, empleo público, "no cesantía ni exoneración" expte. nº 3792/05, resolución del 29/6/2005) es posible y correcto rechazar sin más el recurso extraordinario intentado. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, establecida la admisibilidad de este recurso a partir del *Fallos,* 184/137, es también estricta, pues esa motivación está destinada a cubrir casos de carácter excepcional (*Fallos,* 312:246, 387, 608, 1839, entre otros). A propósito, ese tribunal tiene dicho también 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, extraños al remedio federal que se intenta" (*Fallos,* 308:1757), caso en el que encuadra a la perfección el derecho procesal local que regula los recursos.

Todavía más claro es el rechazo respecto de la supuesta gravedad institucional del pleito, con la pretensión del recurrente de que el recurso extraordinario que él ha planteado no se vea entorpecido por el "cumplimiento de los requisitos previstos en la ley Nº 48, artilugio verbal que obviamente postula la intención de que no se alcen contra el recuso extraordinario ninguna clase de óbices: esos óbices existen, en forma de condiciones para la procedencia del recurso, y no pueden ser ignorados o disimulados por el TSJBA, pues conforman las reglas que fijan la competencia de la CSJN.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

El recurso extraordinario federal fue interpuesto oportunamente por la representación de la Administración General de Puertos. Sin embargo, como lo propone la jueza de trámite Ana María Conde, debe ser denegado.

El escrito cumple los requisitos formales establecidos en los arts. 1º y 2º del reglamento aprobado por la acordada nº 4/2007 de la CSJN, pero no satisface el recaudo exigido por el art. 3º, inc. e) de dicha acordada que impone a quien recurre el deber de exponer "la demostración de que media una relación directa e inmediata entre las normas federales invocadas y lo debatido y resuelto en el caso, y de que la decisión impugnada es contraria al derecho invocado por el apelante con fundamento en aquéllas".

Por ello, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 11 del citado reglamento, el recurso deducido es inoficioso. Las costas se imponen a la vencida.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Adhiero al voto de mi colega la doctora Ana María Conde y, en consecuencia, me pronuncio por denegar el recurso federal articulado por la Administración General de Puertos.

2. Solo me permito agregar que el agravio relativo al plazo de prescripción utilizado por el fisco local en su reclamo impositivo, fue desestimado en esta instancia en los votos de la mayoría por considerar palmariamente infundado el recurso, sellando, por tanto, su suerte adversa.

3. Sin perjuicio de lo consignado en el párrafo precedente, como simple señalamiento *obiter dicta*, añado que dejé sentado en mi voto que la interpretación del Código Civil sobre el punto, de resultar atingente al caso, no favorecía pacíficamente al apelante remontándome al pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa: "La Provincia de Buenos Aires c/Don Nicolás A. Calvo, por cobro ejecutivo de Contribución Directa; s/inhabilidad de título y prescripción" (*Fallos,* 42:266), sent. del 21/2/1891 —donde se dejó establecido que la contribución directa se prescribe por el lapso de diez años entre presentes— junto a decisorios de las Cámaras Civiles en pleno en la causa: "Obras Sanitarias de la Nación c/Álvarez y otros", del 18/10/1922, como a calificadas opiniones vertidas en el pensamiento doctrinal tributario contemporáneo.

A ello añadí la sanción por el Congreso de la Nación de la ley local 19.489 (identidad de sujeto legisferante con el encargado de dictar los códigos de fondo) en la que se establecieron plazos diferenciales de prescripción de los poderes y acciones del fisco (de la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires), según se tratara de contribuyentes inscriptos o no inscriptos.

Los desarrollos precedentes tampoco han sido pasibles de agravio por la Administración General de Puertos lo que conduce, irremediablemente, al rechazo del recurso.

Costas a la vencida (art. 68 del CPCCN).

Así lo voto.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. La recurrente sostiene que en autos se encuentra configurada una cuestión federal por cuanto, según postula, el pronunciamiento impugnado compromete la interpretación de los arts. 16, 17, 18, 31 y 75, incs. 12 y 30 de la C.N. (fs. 828 vta., 830/831). Además, descalifica la sentencia atacada bajo la tacha de arbitrariedad y, a todo evento, funda la procedencia del recurso federal intentado al amparo de la doctrina de la gravedad institucional (fs. 831/833).

2. Al rechazar el agravio vinculado con la determinación del plazo de prescripción aplicable a las obligaciones tributarias reclamadas por el fisco local, los votos de mayoría se limitaron, por un lado, a considerar infundado el recurso de la

AGP sobre el punto (v. fs. 800 puntos 2/3) y, por otro, a reputar improcedente el tratamiento de la cuestión en el marco del recurso ordinario, agravio que, si cupiere como federal, habría debido ser traído mediante recurso de inconstitucionalidad (fs. 810 punto 4). Ninguna de esas razones, ni su sumatoria, fueron materia de discusión por la recurrente que apuntó a lo que estima como primacía de "las normas de fondo (Código Civil)" para regular los plazos de prescripción, incluso los relativos a potestades tributarias locales, así como su capacidad para desplazar, en el caso, la normativa del "Código Fiscal de la Ciudad de Buenos Aires". En tales condiciones, el agravio que la Administración General de Puertos funda en las previsiones de los arts. 31 y 75, inc. 12 de la C.N., no proviene del tribunal superior de la causa, cuya intervención quedó frustrada por el modo en que la Administración General de Puertos ejerció su defensa. Ello determina que el recurso interpuesto no esté dirigido contra la sentencia definitiva sino contra una que se limita a decretar la inadmisibilidad de un recurso local, mientras que la que dispuso del pleito proviene de un tribunal que no es el superior del que pudo requerir solución, a lo que se agrega que el plazo para recurrir aquella sentencia final de la Cámara quedó consumido mientras tramitaba un recurso inadecuadamente interpuesto.

3. Por otra parte, la recurrente sostiene que "la pretensión del cobro de Impuesto de Ingresos Brutos a mi mandante, constituye una grave interferencia a un establecimiento de utilidad nacional" en desmedro de lo previsto por el "art. 67, inc. 27" (actual 75, inc. 30). Sin embargo, los agravios de la Administración General de Puertos en este punto, no atribuyeron la aludida interferencia al ejercicio de la potestad tributaria sino que, en realidad, imputaron esa consecuencia a la magnitud que habría adquirido la deuda por la falta de pago sostenida en el tiempo (fs. 793 punto c, fs. 806 y fs. 811 punto 5.iii). Ello así, las previsiones del art. 75, inc. 30 carecen de relación directa con lo dispuesto en el pronunciamiento impugnado.

En definitiva, la recurrente no identifica cuál sería la norma federal que brinda sustento al tratamiento fiscal que reclama, ni justifica la intervención de la CSJN para un supuesto, como el que nos ocupa, en el que la sentencia cuestionada encuentra en la normativa local aplicada (v. gr. ley 19.498, ordenanza fiscal 1988, ss. y conc., C.F. t.o 2000) apoyo suficiente e independiente de las cláusulas constitucionales mencionadas por la contribuyente.

4. La invocación de los arts. 16, 17 y 18 de la C.N. no viene acompañada de desarrollo alguno que permita conectarlos con la sentencia atacada y, por tanto, resulta ineficaz para habilitar la instancia extraordinaria federal. Tampoco logran ese objetivo —por las razones que desarrolla la jueza Ana María Conde, cuyos argumentos hago propios y a los que remito en honor a la brevedad— los planteos vinculados con la arbitrariedad que se imputa a la decisión impugnada y a la verificación de un supuesto de gravedad institucional.

En consecuencia, voto por denegar el recurso extraordinario federal planteado a fs. con costas (art. 68 del CPCCN).

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal interpuesto por la Administración General de Puertos S.E. a fs. 822/833, con costas.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva, como está ordenado a fs. 817.

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

XC

"ASOCIACIÓN CIVIL POR LA IGUALDAD Y LA JUSTICIA C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL:
Acordada 4/07 CSJN. Arbitrariedad de sentencia.

SUMARIOS:

1. La omisión de plantear ante el Tribunal el recurso de queja por denegatoria parcial del recurso de inconstitucionalidad por cuestiones consideradas por el recurrente de naturaleza constitucional, le impiden reeditar el planteo en oportunidad de la apelación federal. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

2. Los argumentos expresados en el recurso extraordinario federal no se dirigen a rebatir, crítica y fundadamente, las razones expresadas en la sentencia, sino que efectúan reiteradas y genéricas menciones a principios y garantías constitucionales, omitiendo señalar el desacierto de las razones en las que el Tribunal fundó la sentencia que desestima la existencia de una lesión constitucional en el caso. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

3. En tanto las cuestiones decididas y resueltas directamente en la causa son de hecho y de derecho procesal y público local, las cláusulas constitucionales invocadas carecen de relación directa con los resuelto, en los términos del art. 15 de la ley 48. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

4. Los agravios planteados por el recurrente sólo traducen su disconformidad con la interpretación de cuestiones de hecho y de las normas de derecho común que constituyen el fundamento del decisorio, sin lograr demostrar con la precisión y claridad debidas, la existencia de la alegada arbitrariedad. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

5. La causal de arbitrariedad no tiene por finalidad abrir una nueva instancia ordinaria donde puedan discutirse cuestiones propias de otros recursos (como el

recurso de apelación ordinario), ni la corrección de fallos equivocados o que se consideren tales, sino que sólo admite los supuestos de desaciertos u omisiones de gravedad extrema a causa de los cuales los pronunciamientos no pueden adquirir validez jurisdiccional. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

6. El recurso no es admisible porque no satisface el requisito exigido por el art. 3º, inc. c) de la Acordada 4/07 de la CSJN que exige la demostración de que el pronunciamiento impugnado ocasione un gravamen personal, concreto, actual y no derivado de la propia actuación del interesado. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 5435/07 - 14/5/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

El GCBA (en adelante: GCBA) interpuso recurso extraordinario federal (fs. 363/383 vta.) contra la sentencia que declaró mal concedido el recurso de inconstitucionalidad que él planteara (fs. 339/359).

La Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (en adelante: ACIJ) contestó el traslado que se le corriera y se opuso a la admisión y procedencia del recurso de la demandada (fs. 386/402).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. El recurso extraordinario federal planteado por el GCBA fue interpuesto en tiempo oportuno, ante el tribunal superior de la causa y se dirige contra la sentencia definitiva dictada en el proceso.

2. El GCBA cuestiona la sentencia del Tribunal por dos razones fundamentales, que reitera bajo distintas formulaciones a lo largo de su escrito:

a) porque fue condenada sobre la base de "una *prueba ordenada y producida de oficio* por la Cámara de Apelaciones —sin haber previamente oído a mi parte—" (fs. 365, las negritas y el subrayado corresponden al texto transcripto); y

b) porque la vía del amparo no era admisible en tanto no se verifica la existencia de un deber legalmente establecido para que el GCBA realice la campaña de educación que la actora solicita.

3. En relación al primer agravio, bien señala ACIJ en su contestación del recurso que no debe ser admitido pues no integró las cuestiones sometidas a decisión del Tribunal de acuerdo con la concesión parcial del recurso de inconstitucionalidad del GCBA que efectuó la Cámara de Apelaciones.

De tal forma, no corresponde a la CSJN conocer y decidir cuestiones que se dicen constitucionales cuando ellas no fueron mantenidas en todas las instancias. La omisión del GCBA en plantear ante el Tribunal el recurso de queja por denegatoria parcial del recurso de inconstitucionalidad en relación con esa cuestión, veda al recurrente reeditar el planteo en oportunidad de la apelación federal.

A este respecto, señalé en mi voto en la sentencia ahora recurrida que: "*1.* El recurso de inconstitucionalidad del GCBA fue concedido sólo en relación con la interpretación del art. 14, CCBA y denegado en cuanto a las demás cuestiones planteadas en el recurso. La inadmisibilidad parcial se encuentra firme ya que el GCBA no planteó ante el Tribunal la queja que la ley prevé (art. 33, ley 402) frente a la denegatoria —total o parcial— del recurso por el tribunal *a quo*. // En consecuencia, *quedan fuera de la consideración del Tribunal los agravios que expresara a fs. 288/299 en relación a la nulidad absoluta de la sentencia por fundarse en una prueba inexistente y no ofrecida por las partes; a la incompetencia del Poder Judicial para determinar la realización de campañas de concientización y la consecuente violación del principio de división de poderes; y a la interpretación inconstitucional de los arts. 10 y 11 de la CCBA por resultar contraria a otras disposiciones de la Constitución"* (destacado agregado).

4. El segundo agravio, referido a los presupuestos para la admisibilidad y procedencia del amparo, por el contrario, sí fue materia de expresa decisión en la sentencia del Tribunal. El fallo resalta que el GCBA no demostró que la tramitación del juicio por dicha vía restringiera sus posibilidades efectivas de defensa o que el resultado del pleito hubiera variado de tramitar por la vía contencioso-administrativa ordinaria. También señala que la existencia o inexistencia de un deber legal de efectuar la campaña de concientización remite a la consideración de ciertas leyes locales (leyes 1687 y 2057) y de la propia conducta del GCBA que dispuso llevarla adelante, cuestiones que no constituyen un caso constitucional local, y tampoco federal.

Los argumentos expresados por el GCBA en el recurso extraordinario federal no se dirigen a rebatir, crítica y fundadamente, las razones expresadas en la sentencia. Efectúan sí reiteradas y genéricas menciones a principios y garantías constitucionales, pero omiten señalar el desacierto de las razones en las que el Tribunal fundó la sentencia que desestima la existencia de una lesión constitucional en el caso. La ausencia de esa crítica sella, en forma adversa para el GCBA, la suerte del recurso.

En este sentido, la CSJN ha establecido que no existe cuestión federal si de lo que se trata es de determinar el contenido y extensión de las diferentes acciones previstas en la legislación local (*Fallos,* 315:1644), ya que lo atinente al cauce procesal asignado a una demanda es ajeno al remedio federal intentado en el marco de la tradicional doctrina de la Corte que, por respeto a las autonomías locales, requiere que se reserve a sus jueces el conocimiento y decisión definitiva de las causas que, en lo sustancial, versan sobre la interpretación y aplicación de las leyes y disposiciones de orden local (*Fallos,* 289:336; 293:226; 296:642; 311:2004; 323:1217, entre muchos otros), como ocurre en este proceso.

Por otra parte, la jurisprudencia del Alto Tribunal también establece que el recurrente debe indicar los argumentos y pruebas que se vio privado de hacer valer (*Fallos,* 300:588, 306:514, 307:74), lo que no ocurre en el caso.

Finalmente, cabe recordar que la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado en reiteradas oportunidades que "(n)o es eficaz la invocada violación de garantías constitucionales cuando el perjuicio sufrido deriva de la propia conducta discrecional del recurrente" *(*doctrina de *Fallos,* 267:64; 297:27; 308: 540; 310:884), como ocurre en esta causa en la que el GCBA se agravia porque se le ordena cumplir en forma no discriminatoria una campaña de educación y concientización que él decidió instrumentar.

5. En razón de lo expuesto, en tanto las cuestiones decididas y resueltas directamente en la causa son de hecho (inexistencia de una campaña de concientización para la Zona VI) y de derecho procesal (posibilidad de tramitar la pretensión por vía de amparo) y público local (alcance de las leyes 1687 y 2057) las cláusulas constitucionales invocadas carecen de relación directa con lo resuelto, en los términos del art. 15 de la ley 48 (*Fallos,* 248:828; 275:551; 294:376; 294:466; 304:1699).

6. En consideración a lo expresado en los puntos precedentes, voto por denegar el recurso extraordinario interpuesto por el GCBA. Con costas, por aplicación del principio objetivo de la derrota.

La jueza Ana María Conde dijo:

Adhiero al voto del señor juez de trámite, doctor Luis F. Lozano, en cuanto propone denegar el recurso extraordinario federal.

Sólo considero oportuno agregar que la admisibilidad del recurso extraordinario por arbitrariedad —causal establecida por la Corte Suprema a partir de *Fallos,* 184:137— tiende 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 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 recurrente sostiene que la resolución del Tribunal Superior "incurre en diversas causales de arbitrariedad fáctica y normativa que la descalifican como acto jurisdiccional válido" (fs. 378). Sin embargo, los agravios planteados por el GCBA sólo traducen su disconformidad con la interpretación de cuestiones de hecho y de las normas de derecho común que constituyen el fundamento del decisorio, sin lograr demostrar con la precisión y claridad debidas, la existencia de la alegada arbitrariedad; razón por la cual el recurso extraordinario intentado tampoco puede prosperar con fundamento en esta causal.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. El recurso extraordinario federal, interpuesto por el GCBA con relación a los agravios que —según aduce— le ocasiona la sentencia del TSJBA del 20/2/2008, que, por mayoría, declaró mal concedido el recurso de inconstitucionalidad planteado por el Gobierno, no resulta procedente.

Más allá de mi criterio en cuanto a la fundabilidad y admisibilidad del RI interpuesto oportunamente por el GCBA, opinión que resultó discrepante respecto de la sostenida mayoritariamente por el Tribunal, y que es aquélla que rige el caso, el litigio ha versado sobre una cuestión eminentemente *local*, a saber: si el GCBA estaba incurso en una práctica de exclusión de los habitantes de la Zona V respecto de los beneficios de la campaña "cestos papeleros: son tuyos usalos, son de todos, cuidalos" y, en consecuencia, si le resultaba atribuible una omisión inconstitucional. Yo estimo que esta rápida evocación de la pretensión que se debatió en el caso es por demás suficiente para advertir que el recurso deducido no puede prosperar, puesto que en el caso no se debate cuestión alguna de índole federal que habilite la intervención de la Corte Suprema de Justicia.

2. En este punto, cabe consignar que la recurrente pretende que esa cuestión federal, ausente en el caso, quede amparada por la noción de *arbitrariedad* de la sentencia. De este modo, y frente al pronunciamiento mayoritario del TSJBA que, reitero, *rige el caso*, la recurrente sostiene que aquél incurre en diversas causales de arbitrariedad fáctica y normativa que lo descalifican como un acto jurisdiccional válido (ver fs. 378 y ss.). Esas supuestas causales en que arbitrariedad normativa y fáctica concurren —continúa el Gobierno—, imponen solicitar a la Corte que "...prive de efectos a una sentencia que sin fundamentos (incongruente por exceso y por omisión), y por tal arbitraria, lesiona severamente garantías constitucionales; [y] ...priva ilegítimamente a mi parte del derecho a obtener una decisión fundada" (fs. 380). Todo este nutrido capítulo del escrito recursivo omite, de modo manifiesto, la doctrina del Tribunal en punto a que la arbitrariedad no tiene por finalidad abrir una nueva instancia ordinaria donde puedan discutirse cuestiones propias de otros recursos (como el recurso de apelación ordinario), ni la corrección de fallos equivocados o que se consideren tales, sino que sólo admite los supuestos de desaciertos u omisiones de gravedad extrema a causa de los cuales los pronunciamientos no pueden adquirir validez jurisdiccional (conf. doctrina de la CSJN, *Fallos,* 323:3139, entre muchos otros).

Por lo demás, la admisibilidad del recurso extraordinario por arbitrariedad, establecida por la CSJN a partir de *Fallos,* 184:137, es estricta, pues tiende a cubrir casos de carácter excepcional (*Fallos,* 312:246, 387, 608, entre otros). La impugnación efectuada sólo pone de manifiesto el desacuerdo del recurrente 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).

Por las razones hasta aquí expuestas, voto por denegar el recurso extraordinario federal interpuesto, con costas al recurrente, por aplicación del principio objetivo de la derrota.

El juez José O. Casás dijo:

1. El objeto de la presente acción de amparo quedó circunscripto en las instancias de mérito a lograr que se exija judicialmente al GCBA la realización

de una campaña de concientización para la utilización de cestos de basura en una zona determinada de la Ciudad.

Por mi parte, al resolver el recurso de inconstitucionalidad deducido por el Gobierno de la Ciudad, concedido por la Cámara sólo en punto al agravio relativo a la interpretación y aplicación del art. 14 de la CCBA —que regula los lineamientos esenciales de la acción de amparo en la jurisdicción local—, entendí que no se había acreditado en el caso ninguna acción u omisión estatal que, en forma actual o inminente, lesionara o amenazara con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta los derechos constitucionales defendidos por la amparista.

Por ello, en posición que quedó en minoría al dictarse la sentencia de fecha 20/2/2008 que ahora se cuestiona, concluí que la acción de amparo interpuesta debía ser rechazada.

2. Sin perjuicio de lo expuesto, lo cierto es que el recurso extraordinario federal presentado por el Gobierno local no puede prosperar, pues, tal como lo destaca en su voto mi colega el doctor Julio B. J. Maier, ninguno de los agravios que se pretende llevar a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación involucra una cuestión federal (art. 14, ley 48).

Esto se explica, en pocas palabras, al advertirse que el remedio intentado por el Gobierno se sostiene, básicamente, en la discrepancia con la interpretación y aplicación de normas de derecho público local efectuada por los jueces que intervinieron en el proceso para determinar si era exigible judicialmente, por la vía rápida y expedita del amparo, la realización de una campaña de concientización para la utilización de cestos de basura en una zona determinada de la Ciudad.

Finalmente, la referencia a la doctrina de la arbitrariedad de sentencia que realiza el GCBA tampoco habilita la concesión del recurso, por los motivos expresados por mis colegas en sus votos respectivos, a los que me remito en homenaje a la brevedad (v. punto 2 del voto del juez Julio B. J. Maier y párrafos segundo y tercero del voto de la jueza Ana María Conde).

Las consideraciones señaladas bastan, en mi concepto, para denegar el recurso extraordinario federal deducido. Las costas de la incidencia se imponen a la vencida por aplicación del principio objetivo de la derrota.

Así lo voto.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. Coincido con el señor Juez de trámite en que el recurso extraordinario federal presentado oportunamente por el GCBA debe ser denegado.

2. El recurrente no logra demostrar la existencia de un gravamen que habilite la intervención de la CSJN, por lo que no satisface el requisito exigido por el art. 3º, inc. c) de la Acordada 4/07 de la CSJN que exige "la demostración de que el pronunciamiento impugnado le ocasiona al recurrente un *gravamen* personal, concreto, *actual y no derivado de su propia actuación*" (las negritas me pertenecen).

En el apart. "II.a.2) Gravamen" de su escrito (con negritas en el original), el GCBA expresó que la sentencia del Tribunal le genera un perjuicio irreversible a las garantías del debido proceso y defensa en juicio porque: *a)* "...sin que proceda

en este caso la vía de la acción de amparo constitucional, como así también sin la existencia de una obligación legal exigible, y en base a una *prueba ordenada y producida de oficio* por la Cámara de Apelaciones —sin haber previamente oído a mi parte— se ha condenado al GCBA a realizar una conducta que no le era judicialmente exigible...” (fs. 365, las negritas y el subrayado son del original) y *b)* porque el Tribunal interpretó inconstitucionalmente las previsiones establecidas en el art. 43 de la C.N. al admitir la vía del amparo para abordar cuestiones que no revisten calidad de “justiciables” (fs. 365 vta.).

En relación con la primera cuestión, la CSJN ha establecido que es un requisito inexcusable del recurso extraordinario federal el fenecimiento de las disputas en sede local, lo que implica el agotamiento de todas las instancias hábiles allí establecidas (recurso de hecho deducido por la actora en la causa “Strada, Juan Luis c/ocupantes del perímetro ubicado entre las calles Deán Funes, Saavedra, Barra y Cullen”, fallado el 8/4/1986). Y el GCBA no dio cumplimiento a esta condición.

Reitero en este punto lo que dijera el emitir mi voto en el recurso de inconstitucionalidad a fs. 339/359. La improcedencia parcial del recurso de inconstitucionalidad fue consentida por el GCBA quien, de ese modo, dejó firme la sentencia de fs. 70/277 vta. en relación con los agravios denegados (conclusión a la que también arribaran mis colegas los jueces Conde y Lozano). La inactividad procesal de la demandada, GCBA, determinó que adquirieran firmeza el reconocimiento judicial de la obligación que sobre ella recae (precisada en el punto 2 del dispositivo de la sentencia de fs. 270/277 vta.) y las constancias probatorias valoradas por la Sala para determinarla.

En relación con la segunda cuestión —el GCBA postula que la materia debatida en autos no es justiciable— su tesis es insostenible frente a la controversia de autos en el marco de lo dispuesto por el art. 106 de la CCBA según el cual “[c]orresponde al Poder Judicial de la Ciudad el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por esta Constitución...”, y por lo prescripto por el art. 75, inc. 12 de la C.N. en cuanto a la jerarquía constitucional de las normas internacionales en materia de derechos humanos, entre las que figura el derecho de toda persona al acceso a la justicia.

3. Tampoco es relevante para descalificar a la sentencia como acto jurisdiccional válido la calificación de arbitraria que el recurrente dirige contra lo decidido por el Tribunal, toda vez que se limita a consideraciones genéricas y profusas citas de doctrina que carecen de toda vinculación con lo decidido en autos.

4. Con apoyo en las consideraciones expuestas y de conformidad con el art. 11 de la Acordada 4/07, el recurso deducido es inoficioso. Las costas se imponen a la vencida.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal planteado por el GCBA, con costas.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva como está ordenado a fs. 359, punto 2.

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

XCI

"MARTÍNEZ, CARLOS EDUARDO Y OTRA C/GCBA S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD"

ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD:
Medida cautelar. Vista al fiscal.

SUMARIOS:

1. Como principio general, el dictado de medidas cautelares no resulta compatible con la acción declarativa de inconstitucionalidad, pues la reglamentación legal de la misma no permite al Tribunal, al pronunciar la sentencia definitiva, invalidar los procedimientos realizados al amparo de las disposiciones cuya pérdida de vigencia se pretende. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces José O. Casás y Ana María Conde).*

2. Es procedente conferir una vista al Fiscal General con carácter previo a resolver sobre la admisibilidad en las acciones declarativas de inconstitucionalidad. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces José O. Casás y Ana María Conde).*

3. El otorgamiento de una vista al Fiscal General, anterior a la ocasión prevista en el art. 21, párrafo cuarto de la ley 402, no es obligatoria según dicha normativa, y por lo tanto constituye tan sólo una facultad de ejercicio eventual —como una potestad— que asiste al juez de trámite. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

4. De acuerdo con el criterio adoptado en el art. 21 de la ley 402, el primer paso en el trámite de la acción declarativa de inconstitucionalidad es la decisión del Tribunal respecto de la admisibilidad o inadmisibilidad de la acción interpuesta, sin la intervención previa del Fiscal General. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 5908/08 - 14/5/2008

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. Los señores Carlos Eduardo Martínez y Norma Susana Solís de Martínez plantean a fs. 20/34 la inconstitucionalidad "de la cláusula transitoria segunda de

la Ley Tarifaria para el año 2008 y del detalle del Anexo I que fija un coeficiente de valor zonal" (ley 2568, ver fs. 20 y fs. 34), por resultar, a su modo de ver, irrazonable y confiscatorio "el mecanismo" allí implementado a fin de actualizar la valuación del terreno en tanto lo equipara a la "'valuación de la construcción' afectado por un arbitrario coeficiente variable según la zona" geográfica de carácter eminentemente político, "conformando, de ese modo, una base imponible distinta a la prevista originariamente por el legislador" (ver fs. 28 vta.).

En su opinión las normas atacadas atentan contra los principios constitucionales de reserva de ley tributaria, propiedad e igualdad consagrados por los arts. 51, CCBA; 4º, 17, 19, 28 y concs., C.N. y el art. 17.2 de la DUDH.

2. Los actores también solicitan que se dicte una medida cautelar de no innovar con el objeto de impedir que el Gobierno de la Ciudad les exija el pago de la tasa por Alumbrado, Barrido y Limpieza de su propiedad sita en la calle Jorge Luis Borges 2378 de esta Ciudad determinada de acuerdo a la normativa aquí objetada (fs. 20 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Reiteradamente el Tribunal ha expresado que —por principio— el dictado de medidas cautelares no resulta compatible con el instituto previsto en el art. 113, inc. 2º, de la CCBA.

Ha dicho al respecto que la sentencia en una acción declarativa de inconstitucionalidad como la que se impetra en el *sub examine,* en caso de resultar favorable a la parte actora, se limita a la declaración de invalidez de las normas cuestionadas (doctrina del Tribunal, en los autos "Massalín Particulares S.A. c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, t. I, 1999, p. 119 y ss., entre muchos otros). La reglamentación legal de la acción no permite al Tribunal invalidar, al pronunciar la sentencia definitiva, los procedimientos realizados al amparo de las disposiciones cuya pérdida de vigencia se pretende. Por lo demás, en asuntos como el de autos en que se cuestionan normas contenidas en una ley, la pérdida de vigencia definitiva de ellas, aun en el caso de que el Tribunal considere acertado el pedido de la actora y le conceda razón, está sujeta a la condición suspensiva que menciona el art. 24, párrs. II y III, de la ley 402.

En resumen, el acogimiento de una medida cautelar estaría concediendo una tutela que la propia sentencia de fondo no podría conceder, por las especiales características de la acción declarativa de inconstitucionalidad (doctrina del Tribunal, en los autos "Doy, Miguel c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 52/99, resol. del 16/6/1999, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc t. I, pp. 134 y ss.; "Salgado, Graciela Beatriz c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 826/01, resol. del 22/2/2001, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc t. III, pp. 27 y ss.; "Villegas, Héctor c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 1276/01, resolución del 28/11/2001, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc,

t. III, pp. 738 y ss.; "Unión Transitoria de Agentes S.A. y otros c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 1268/01, resolución del 28/11/2001, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc t. III, pp. 734 y ss.; "Colegio de Procuradores de la Ciudad de Buenos Aires c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 3032/04, resolución del 21/4/2004; "Picasso, Mario Luis Juan c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad, expte. nº 4681/06, resolución del 26/4/2006; "Brusca, Vicente c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 5466, resolución del 18/9/2007, entre muchos otros). Las particularidades propias de estos procesos impiden trasladar, sin más, los principios generales respecto de las medidas cautelares propios de los juicios contenciosos (doctrina del Tribunal en "Valdés, Eduardo Félix c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 1542/02, resolución del 12/6/2002, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, t. IV, pp. 206 y ss.).

Por estas razones la medida cautelar requerida por los actores no es admisible.

2. De acuerdo al criterio que expuse al votar en los exptes. nº 5541/07 "Ministerio Público —Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", resolución del 27/12/2007, y expte. nº 5520/07 "Corporación de Rematadores y Corredores Inmobiliarios —Mutual— c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", resolución del 27/12/2007, entre otros, corresponde correr vista al Fiscal General por el plazo de cinco (5) días, para que se expida en relación con la admisibilidad formal de la acción planteada en autos.

El juez José O. Casás dijo:

La medida cautelar solicitada no resulta admisible, por las razones que expresa en su voto el señor juez de trámite, doctor Luis F. Lozano, a las que me remito en homenaje a la brevedad.

Acompaño también la decisión de correr una vista al señor Fiscal General con el alcance propiciado en el punto 2 del voto al que adhiero, por remisión a mis respectivos votos en los precedentes del Tribunal allí señalados.

Así lo voto.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. Respecto de la medida cautelar impetrada por la parte actora en su escrito de demanda, me adhiero a la opinión y fundamentos del señor juez de trámite, expresados en el punto 1 de su voto.

2. Asimismo, disiento con el criterio que propicia el juez Lozano —otorgar una vista al Fiscal General para que se expida sobre la admisiblidad de la acción declarativa de inconstitucionalidad planteada en autos—, por las mismas razones que expuse al fundar mi discrepancia con esa medida en los expedientes que mi colega cita en el punto 2 de su voto, por lo que entiendo que el Tribunal debe decidir sin más trámite respecto de la admisibilidad o inadmisibilidad de la acción interpuesta.

Por lo expuesto, voto por rechazar la medida cautelar solicitada por la actora y por no remitir estas actuaciones al señor Fiscal General.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

Adhiero al voto del señor juez de trámite, mi colega Luis F. Lozano, con la aclaración que emerge de mi opinión acerca del momento en que debe correrse la vista al señor Fiscal General en las acciones declarativas de inconstitucionalidad a fin de que tome intervención en el procedimiento. Como es sabido, yo estimo que: *a)* la ley es clara en cuanto a la necesaria intervención del Fiscal General una vez declarada admisible la acción intentada, y corridos y contestados los traslados pertinentes (ley 402, art. 21, párr. 4º); y *b)* las facultades instructorias del señor juez de trámite comprenden la de decidir una vista previa en caso de considerarlo necesario. Sin embargo, esta vista previa no es obligatoria según la ley y, por lo tanto, constituye tan sólo una facultad —de ejercicio eventual, como toda potestad— que asiste al juez de trámite (ver mi voto en "Ministerio Público —Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 5541/07, resolución del 27/12/2007).

La jueza Ana María Conde dijo:

Me adhiero al voto del juez de trámite, doctor Luis F. Lozano.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *No hacer* lugar a la medida cautelar solicitada por los actores.

2º. *Correr* vista al Fiscal General por el plazo de cinco (5) días, para que se expida en relación con la admisibilidad formal de la acción planteada en autos.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y se cumpla.

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

XCII

"ROJT, JULIO M. Y OTRO S/QUEJA POR RETARDO, PRIVACIÓN O DENEGACIÓN DE JUSTICIA EN: 'ROJT, JULIO M. Y OTROS C/CONSEJO PROFESIONAL DE CIENCIAS ECONÓMICAS S/REC. APEL. S/RES. DISCIP. CONSJ. PROF. C. E. (ART. 34 Y DT 3ª LEY)'"

RECURSO DE QUEJA POR RETARDO, PRIVACIÓN O DENEGACIÓN DE JUSTICIA.

SUMARIOS:

1. El recurso de queja por retardo, privación o denegación de justicia no es 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. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces Julio B. J. Maier, Ana María Conde, Alicia E. C. Ruiz y José O. Casás).*

2. 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) o por recursos de hecho ante su denegatoria. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces Julio B. J. Maier, Ana María Conde, Alicia E. C. Ruiz y José O. Casás).*

Expte. nº 5895/08 - 14/5/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Los señores Julio M. Rojt y Lidia B. Mellicovsky, se presentan ante el Tribunal en los términos de los arts. 113, inc. 4º, CCBA y 36 y ss. de la ley 402, y promueven "acción por privación y denegación de justicia contra la resolución de la Sala II en lo Contencioso Administrativo y Tributario del 10/4/2008 —dictada en el expte. nº 1340/0, "Rojt, Julio M. y otra c/Consejo Profesional de Ciencias Económicas s/recurso de apelación contra resolución disciplinaria CPCECBA"— que decretó la caducidad de la instancia del proceso de revisión judicial del "apercibimiento privado" que les fuera impuesto por el Consejo citado y les rechazó el planteo de nulidad y perención del incidente de caducidad.

2. Sostienen que el decisorio judicial violenta su derecho a la defensa en juicio y la garantía del debido proceso (arts. 18 y 33, C.N. y art. 13, inc. 3º, CCBA) y que "no existe otro procedimiento impugnativo que éste" puesto que, de existir, sería ineficaz o tardío (fs. 53).

3. Piden por fin que "Salvo que V.E. considere del caso resolver directamente la apelación —competencia de la cámara (art. 34 *in fine* ley 466)— ... se ordene resolver la apelación... por una sala distinta a la II...".

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. El planteo intentado no puede prosperar. Del farragoso relato de los recurrentes surge que el apercibimiento privado que les fuera impuesto por el Tribunal de Ética Profesional del Consejo Profesional de Ciencias Económicas, luego confirmado por el Consejo Directivo, fue recurrido ante la Cámara Contencioso Administrativa y Tributaria de acuerdo a lo estipulado por el art. 34, ley 466, y que

la caducidad de instancia decretada por la Sala II en dicho proceso —fundada en la inactividad procesal de los quejosos— como así también el rechazo de la nulidad y la perención de instancia del incidente de caducidad instadas por los actores, no fueron objetadas de manera alguna en el principal por considerar que "no existe otro procedimiento impugnativo" salvo la queja que nos ocupa (fs. 53).

2. La situación aquí narrada, más allá de lo justa o injusta, acertada o desacertada que pueda considerarse a la resolución de la Sala II CAyT que motiva la presentación *sub examine*, no permite inferir de modo alguno que exista denegación de justicia en los términos de los arts. 113, inc. 4º, CCBA, 26, inc. 5º, de la ley 7 y 36 de la ley 402. Los actores pretenden, en realidad, denunciar su disconformidad con esa decisión.

Conforme lo ha expresado el Tribunal en otras oportunidades (ver "Porcella, Hugo Baltasar s/queja por privación y denegación de justicia en "GCBA c/Porcella, Hugo Baltasar s/ejecución fiscal", expte. nº 2601/03, resolución del 13/11/2003, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. V, 2003, pp. 792 y ss.; "Orozco, Haydee Susana s/queja por denegación de justicia en 'GCBA c/Bellmunt Salmeron, Pedro y González Méndez, Graciela s/ejecución fiscal'", expte. nº 3152/04, resol. del 8/7/2004; y "Orozco, Haydee Susana s/queja por denegación de justicia en 'GCBA c/Gregoraschuk, Juan s/ejecución fiscal'", expte. nº 3154/04, resol. del 12/7/2004, entre otros), la herramienta prevista en la normativa *supra* citada no tiene por finalidad remediar situaciones como la que plantean los presentantes. 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. 3º y 5º, respectivamente, CCBA) o por recursos de hecho ante su denegatoria. Si la sentencia era pasible de esos recursos, ellos debieron interponerse en la forma adecuada, ante el tribunal correspondiente y sustanciarse según el modo establecido en la ley. Si ése no era el caso, la presentación pretende que el Tribunal intervenga en una cuestión para resolver la cual la Constitución y las leyes no le asignan competencia.

3. Por lo expuesto, voto por desestimar sin más trámite (art. 37, a, ley 402) la presentación efectuada por los señores Julio M. Rojt y Lidia B. Mellicovsky. Sólo corresponde, en consecuencia, dar por terminada la actuación del Tribunal y ordenar el archivo de las actuaciones.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Adhiero al meditado voto del señor juez de trámite, el doctor Luis F. Lozano, en tanto propicia el rechazo *in limine* de la queja por privación y denegación de justicia, planteada a fs. 53/55.

2. En cuanto a los desarrollos contenidos en el punto 2 del voto de mi colega, el juez Lozano, sólo deseo enfatizar que, como yo veo las cosas, la presentación directa de los señores Rojt y Mellicovsky no constituye una vía alternativa para plantear la revisión del pronunciamiento de la anterior instancia. Queda claro que no se trata de una discrepancia sobre el *nomen iuris* utilizado, "pues, para poner en crisis una decisión judicial, las leyes establecen recursos, si políticamente consideran conveniente conceder la posibilidad de un nuevo examen de la cuestión a alguno o algunos de los contendientes y desde algún punto de vista (más o menos amplio). Ese recurso, que en el caso de la competencia de este Tribunal resulta muy característico... no ha sido interpuesto aquí, según los requisitos que le son propios, afirmación absolutamente clara que suscribiría hasta el propio denunciante" (conf. mi voto en "Spanggemberch, Luis Alberto s/queja por privación y denegación de justicia", expte. nº 1543/02, resolución del 12/6/2002, *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], IV-2002, punto 3, p. 214).

3. Los sólidos fundamentos que articula en su voto el señor juez de trámite, y las especificaciones que expongo sucintamente en el punto anterior, determinan el rechazo *in limine* de la queja bajo análisis, dada su improponibilidad objetiva.

Los jueces ANA MARÍA CONDE, ALICIA E. C. RUIZ *y* JOSÉ O. CASÁS *dijeron:*

Nos adherimos al voto del juez de trámite, doctor Luis F. Lozano.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar in limine* la presentación de fs. 53/55.

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

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

XCIII

"MANAGÓ, JOSEFA MARÍA RITA S/QUEJA POR RETARDO, PRIVACIÓN O DENEGACIÓN DE JUSTICIA EN: 'GCBA C/MANAGÓ, RITA S/RECURSO DE QUEJA POR APELACIÓN DENEGADA'"

RECURSO DE QUEJA POR RETARDO, PRIVACIÓN O DENEGACIÓN DE JUSTICIA.

SUMARIOS:

1. El recurso de queja por retardo, privación o denegación de justicia no es 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. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhieren los señores jueces Luis F. Lozano, Ana María Conde, Alicia E. C. Ruiz y José O. Casás).*

2. 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) o por recursos de hecho ante su denegatoria. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhieren los señores jueces Luis F. Lozano, Ana María Conde, Alicia E. C. Ruiz y José O. Casás).*

3. No se ha configurado ninguno de los supuestos para los que ha sido previsto el recurso de queja por privación de justicia para la intervención de este estrado, y en modo alguno cabe reconducir la presentación a estudio a partir del principio *pro actione*, puesto que ésta tampoco cumple con todos los requisitos propios de una queja por recurso de inconstitucionalidad denegado ni permite entender indubitablemente que el presentante incurrió en un error relativo al *nomen iuris* del remedio. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

Expte. nº 5896/08 - 14/5/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La señora Josefa María Rita Managó promovió ante el Tribunal queja por "privación o denegación de justicia" a fs. 1/23.

Sustancialmente expresó:

a) En la ejecución fiscal promovida en su contra por el GCBA (expte. nº EJF 34760) "interpuso varias defensas obstativas [*sic*] al progreso de dicha pretensión ninguna de las cuales fue expresa y positivamente tratada en la sentencia de primera instancia que mandó proseguir con la ejecución".

b) El juzgado interviniente "cuando ya se había desprendido de la jurisdicción y sólo restaba elevar el expediente a la Cámara" revocó la concesión del recurso de apelación —que había interpuesto oportunamente—, con el fundamento de que "por el monto del capital reclamado la sentencia de primera instancia no era susceptible de apelación".

c) Interpuso entonces recurso de hecho —en el que cuestionó la legalidad del pronunciamiento, planteó su inconstitucionalidad y la de la norma en la que se basaba—, recurso que fue rechazado por la alzada (Sala II, CAyT), que no trató todas las cuestiones en las que fundó la tacha de inconstitucionalidad.

d) Como consecuencia de ello, interpuso recurso de inconstitucionalidad, que también fue denegado por la Sala de mención por no tratarse la re-

solución atacada de una sentencia definitiva, involucrar a una cuestión eminentemente procesal y de derecho local, no demostrar en forma directa una efectiva controversia en la interpretación o aplicación de normas constitucionales, y calificar a la arbitrariedad imputada como un mero disenso de la recurrente.

En resumen, la recurrente sostuvo que se configura un caso de privación o denegación de justicia porque "en los dos pronunciamientos requeridos a la Alzada, ella se ha negado reiteradamente a resolver las cuestiones que le han sido planteadas, limitándose a rechazar los recursos por razones ajenas a aquellas que fueron invocadas en pos de su sostenimiento..." y pidió que el Tribunal "resuelva de acuerdo a las circunstancias comprobadas en la causa las excepciones y defensas propuestas" (fs. 23).

2. A fs. 25, el señor juez de trámite intimó a la presentante para que en el plazo de 48 horas precisara el órgano jurisdiccional autor, por acto u omisión de la privación, denegación o retardo injustificado de justicia y ordenó que por secretaría se certificase la eventual existencia en el Tribunal de una queja por recurso de inconstitucionalidad denegado a nombre de la presentante o en autos denominados como explica la presentación.

3. A fs. 26 el Secretario Judicial a cargo de la Secretaría de Asuntos Originarios del tribunal realizó la certificación encomendada que tuvo resultado negativo. A fs. 27 el letrado patrocinante de la quejosa individualizó a la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario como el órgano jurisdiccional denunciado en los términos del art. 36, inc. a), ley 402.

FUNDAMENTOS:

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. El planteo intentado no puede prosperar. Del extenso y minucioso relato efectuado por la recurrente y de la constancia certificada de fs. 26 surge que la aquí actora no interpuso queja alguna contra el rechazo del recurso de inconstitucionalidad dictado por la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario pese a considerarlo, en atención a sus efectos jurídicos, asimilable a una decisión definitiva (ver fs. 3, 14 vta. y 17), y no da razones de tal omisión no obstante lo exigido por el art. 36, inc. c), ley 402.

2. La situación narrada por la presentante, más allá de lo justa o injusta, acertada o desacertada que pueda considerarse a cada una de las resoluciones de la Sala II CAyT que motivan el planteo de la recurrente, no permite inferir de modo alguno que exista denegación de justicia en los términos de los arts. 113, inc. 4º, CCBA, 26, inc. 5º, de la ley 7 y 36 de la ley 402. La recurrente pretende, en realidad, denunciar su disconformidad con esas decisiones, a pesar de no haberlas recurrido oportunamente (omisión de la queja contra la decisión de rechazo del recurso de inconstitucionalidad interpuesto, decisión que, de ese modo, quedó firme).

Conforme lo ha expresado el Tribunal en otras oportunidades (ver "Porcella, Hugo Baltasar s/queja por privación y denegación de justicia en/ "GCBA c/Porcella, Hugo Baltasar s/ejecución fiscal", expte. nº 2601/03, resolución del 13/11/2003, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. V, 2003, pp. 792 y ss.; "Orozco, Haydee Susana s/queja por denegación de justicia en 'GCBA c/Bellmunt Salmeron, Pedro y González Méndez, Graciela s/ejecución fiscal'", expte. nº 3152/04, resol. del 8/7/2004; y "Orozco, Haydée Susana s/queja por denegación de justicia en 'GCBA c/Gregoraschuk, Juan s/ejecución fiscal'", expte. nº 3154/04, resol. del 12/7/2004, entre otros), la herramienta prevista en la ley procesal citada no tiene por finalidad remediar situaciones como la que describe la quejosa. 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. 3º y 5º, respectivamente, CCBA), o por recursos de hecho ante su rechazo por el tribunal de mérito. Si la sentencia era pasible de esos recursos, ellos debieron interponerse en la forma adecuada, ante el tribunal correspondiente y sustanciarse según el modo establecido en la ley. Si ése no era el caso, la presentación pretende que el Tribunal intervenga en una cuestión para cuya resolución la Constitución y las leyes no le asignan competencia.

3. Por lo expuesto, corresponde desestimar sin más trámite (art. 37, a, ley 402) la presentación efectuada por la señora Josefa María Rita Managó y, consecuentemente, dar por terminada la actuación del Tribunal y ordenar el archivo de las actuaciones.

Los jueces Ana María Conde, Luis F. Lozano y Alicia E. C. Ruiz dijeron:

Nos adherimos al voto del juez de trámite, doctor Julio B. J. Maier.

El juez José O. Casás dijo:

Adhiero al voto del señor juez de trámite, doctor Julio B. J. Maier.

Por lo demás, tal como lo destaca mi colega, más allá de lo acertados o desacertados que se consideren los pronunciamientos referidos por la quejosa —y, en particular, el de la jueza de grado volviendo sobre sus propios pasos después de conceder la apelación—, los relatos no permiten tener por configurado alguno de los supuestos para los que ha sido previsto el remedio del art. 36 de la ley 402 para la intervención de este estrado. Por otro lado, en modo alguno cabe reconducir la presentación a estudio a partir del principio *pro actione*, puesto que ésta tampoco cumple con todos los requisitos propios de una queja por recurso de inconstitucionalidad denegado ni permite entender indubitablemente que el presentante incurrió en un error relativo al *nomen iuris* del remedio.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar in limine* la presentación de fs. 1/23.

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

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

XCIV

"BONANY, PABLO JAVIER C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Caso constitucional.
AMPARO: Requisitos. Ilegalidad o arbitrariedad manifiesta.
Dilación del procedimiento ordinario. Empleo público. Médico.
Servicio de guardia. Interpretación de normas infraconstitucionales.

SUMARIOS:

1. Todo el sistema de acciones procesales se dirige a efectivizar el derecho de acceder a la justicia y a garantizar la protección judicial efectiva de los derechos e intereses constitucionales, legales o reglamentarios que puedan asistir a las personas. *(Voto de los señores jueces Julio B. J. Maier, Ana María Conde y José O. Casás).*

2. El carácter sumarísimo —acción rápida y expedita— de la acción de amparo establecido por el constituyente, pretende dotar a las personas de una garantía para aquellos casos en los que se presentan determinadas circunstancias que no admiten la tramitación de un juicio bajo los moldes más complejos, estrictos y dilatados de los procesos comunes. *(Voto de los señores jueces Julio B. J. Maier, Ana María Conde y José O. Casás).*

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

4. La solución de la cuestión planteada respecto de la aplicación del dec. 282/96, que es susceptible de impactar en la organización puntual de la estructura y de los recursos humanos y presupuestarios afectados a las prestaciones de los hospitales públicos de la Ciudad, llevaría a abordar el estudio de la pretensión del amparista a la luz de reglas y circunstancias que, en el caso, por el estrecho ám-

bito cognoscitivo de la vía procesal elegida, no ha sido valorado siquiera en forma superficial. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

5. La omisión denunciada de aplicar al actor el dec. 282/96 no aparece como manifiestamente ilegítima o arbitraria, requisito básico para la procedencia del amparo (art. 43, C.N.; art. 14, CCBA y art. 1º de la ley 16.986*). (Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

6. Corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad pues la parte actora no demostró la existencia de los presupuestos que acreditaran la necesaria utilización de la vía excepcional del amparo intentada. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

7. No se ha acreditado que la presunta lesión de legalidad atribuida a la actuación de la demandada sea manifiesta o evidente, ni se advierte que el reclamo efectuado en el litigio implique la consumación o inminencia de producción de un daño de tal gravedad, que implique la afectación del derecho constitucional a trabajar, condiciones cuya concurrencia supone la acción de amparo. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

8. La demora del interesado en iniciar un proceso judicial para ejercer las acciones adecuadas a la defensa del derecho invocado, desde que conoció el acto u omisión que considera lesiva del mismo, priva a su demanda de la urgencia exigible para que ella tramite por la vía del amparo. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

9. Se debe declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad ya que la parte recurrente consintió la solución dada en las instancias inferiores al núcleo de la controversia, omitiendo plantear recurso directo ante el Tribunal por aquellos agravios que no fueron admitidos por la Cámara, lo que ha configurado una deficiencia estructural en el diseño de la impugnación, que torna inviable el tratamiento de la vía del amparo escogida. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

10. El agravio referido a la improcedencia del trámite de amparo para ventilar la cuestión, aun cuando altamente significativo, no suscita la competencia de este Tribunal en el marco del recurso de inconstitucionalidad en tanto no versa acerca del contenido de la sentencia definitiva ni el recurrente invoca que el contenido de ella habría variado si hubiera resultado de un proceso ordinario lo que lleva a que la discrepancia planteada, en esa etapa del análisis, no tiene más efecto que determinar la elección de una vía procesal para ordenar el debate. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. nº 5604/07 - 14/5/2008

VISTO:

el expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. El señor Pablo Javier Bonany, médico que se desempeña en el servicio de guardia médico (Nefrología pediátrica) del Hospital General de Niños "doctor Ricardo Gutiérrez", en calidad de interino, planteó una acción de amparo contra el

Gobierno local, para que se cumpla lo dispuesto en el art. 6º del dec. 282/96, que establece el derecho a que se le asigne un mínimo de 12 horas semanales en la planta del Hospital, como prolongación de las 24 horas que trabaja como profesional de guardia (fs. 1/9).

Al producir el informe establecido por la Ley de Amparo (art. 8º, dec. ley 16.986), el GCBA solicitó el rechazo de la demanda, tanto por razones atinentes a su inadmisibilidad formal, como por su improcedencia sustancial (fs. 70/77).

La sentencia de primera instancia hizo lugar a la acción de amparo y ordenó a la demandada que en el plazo de diez días cumpla con lo dispuesto por el art. 6º del dec. municipal 282/96. Para así decir, sostuvo que "no advierto elemento alguno que permita sostener la interpretación postulada por la demandada, esto es, que la ampliación de 12 horas estaba limitada a quienes se desempeñaban en las guardias de los domingos a la época de la sanción del dec. 282/96, pues se trata de una norma reglamentaria y, por ende, tiene carácter general no sólo respecto de los sujetos normativos sino también respecto de las ocasiones de su aplicación" (fs. 121/123 vta.).

2. El GCBA apeló la sentencia (fs. 127/134). El actor contestó el traslado del memorial de agravios solicitando su rechazo (fs. 136/142).

La Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, rechazó el recurso de apelación interpuesto y confirmó la sentencia de grado, remitiéndose a los precedentes de ese tribunal en la causas "Racimo, Mariano Javier c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)" expte. nº 13946/0, sent. del 19/5/2006 y "Ríos, Claudia Alicia c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)" expte. nº 14956/0, sent. del 29/6/2006 por considerarlo una causa análoga (fs. 162).

3. Contra la sentencia, la Procuración General interpuso el recurso de inconstitucionalidad (fs. 176/189 vta.). En sus fundamentos expuso y desarrolló agravios sobre la base de dos cuestiones principales: *a)* la sentencia efectúa una interpretación irrazonable del art. 14 de la CCBA; y *b)* la interpretación del art. 6º del dec. 282/96 es arbitraria. El actor contestó el traslado solicitando su rechazo (fs. 194/199 vta.).

4. La Sala I concedió parcialmente el recurso de inconstitucionalidad —sobre la base del fallo del Tribunal en la causa "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Racimo, Mariano Javier c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)"—, únicamente respecto del agravio referido a la interpretación del art. 14 de la Constitución de la Ciudad y a lo dispuesto por la ley de amparo nº 16.986, y lo rechazó en cuanto a la aplicación del art. 6º del dec. 282/96 y por la causal de arbitrariedad (fs. 201/202).

5. En su dictamen, el Fiscal General Adjunto propicia un pronunciamiento que declare mal concedido el recurso de inconstitucionalidad impetrado por la parte demandada (fs. 209/211 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

La cuestión traída a conocimiento en autos resulta sustancialmente análoga a la tratada por este Tribunal *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Akrich, Gustavo Raúl c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 4782/06, sent. del 29/11/2006.

En aquella oportunidad sostuve, en lo que ahora importa, que el agravio referido a la improcedencia del trámite de amparo para ventilar la cuestión, aun cuando altamente significativo, no suscitaba la competencia de este Tribunal en tanto no versaba acerca del contenido de la sentencia definitiva ni el recurrente invocaba que el contenido de ella habría variado si hubiera resultado de un proceso ordinario; situación que llevaba a que la discrepancia planteada, en esa etapa del análisis, no tuviera más efecto que determinar la elección de una vía procesal para ordenar el debate. En otras palabras, aun cuando la vía pudiera haber sido incorrectamente admitida, no muestra la recurrente que esa elección haya afectado de un modo significativo el resultado final del proceso.

Por ello, conforme mi voto *in re* "Akrich", al que cabe remitirse en lo pertinente y, en concordancia con lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto, voto por declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad deducido.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

El recurso de inconstitucionalidad del GCBA fue concedido parcialmente, tal como surge del punto III del auto de fs. 201/202. La Cámara CAyT sólo admitió el agravio relativo a la vía procesal intentada. Expresamente, en los puntos IV y V del mismo interlocutorio, la Sala no hizo lugar a los restantes agravios articulados referidos a la interpretación del dec. 282/96 ni a la alegada arbitrariedad de la sentencia.

Toda vez que el GCBA no interpuso recurso directo ante el Tribunal por aquellos agravios que no fueron admitidos por la Sala I, en relación con ellos el decisorio ha quedado firme. Esa deficiencia estructural en el diseño de la impugnación, torna inviable el tratamiento del agravio respecto de la vía escogida. Dicho de otra manera, carece de entidad el intento de discutir la procedencia de la vía sin cuestionar el desacierto, justicia o validez de la decisión del fondo.

Como la parte recurrente consintió la solución dada en las instancias inferiores al núcleo de la controversia, no corresponde abrir el debate en torno a la idoneidad del amparo en este caso. Y no corresponde, porque de ese modo el Tribunal entraría oblicuamente a conocer en el fondo del asunto, para lo cual no tiene competencia en las circunstancias que ya han sido referidas.

La situación procesal reseñada en los párrafos anteriores es relevante y marca una diferencia que obsta la aplicación del precedente "Akrich" a esta causa.

Por los argumentos expuestos, voto por declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad.

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

1. La Sala interviniente dispuso la concesión parcial del recurso de inconstitucionalidad por considerar que el caso es "análogo" (punto III, fs. 201/201 vta.) al decidido por el Tribunal el día 11/4/2007 en los autos "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Racimo, Mariano Javier c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)", expte. 4926/06 —que, a su vez, remitió a los fundamentos vertidos por este Tribunal *in re:* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Akrich, Gustavo Raúl c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 4782/06, sent. del 29/11/2006".

Si bien en aquellos asuntos se trató de quejas por recursos de inconstitucionalidad denegados, acierta la alzada al señalar que la cuestión que ahora se trae a decisión del Tribunal es similar a la que se resolviera en aquellas oportunidades.

En la causa "Akrich" ya aludida, la mayoría del Tribunal (integrada por el voto del juez Maier y el voto conjunto de los jueces Casás y Conde) hizo lugar, parcialmente, a los recursos de queja y de inconstitucionalidad planteados por el GCBA y rechazó el amparo; la jueza Ruiz, quien admitió parcialmente la queja, rechazó el recurso de inconstitucionalidad del GCBA, y el juez Lozano se pronunció por el rechazo de la queja.

Con posterioridad a esa sentencia, y por remisión a sus fundamentos, el Tribunal ha resuelto, entre otros, los casos: "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Alonso, Daniel c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 4781/06, sent. del 30/11/2006; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Berdiñas, Verónica c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)", expte. 4925/06, sent. del 11/4/2007; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Schajnik, Roxana Judith c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 4955/06, sent. del 2/5/2007; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Cazale, María Mercedes c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 5069/06, sent. del 3/7/2007.

2. Con la salvedad indicada en el segundo párrafo del punto anterior, los fundamentos expuestos en nuestros respectivos votos en la causa "Akrich" —a los que cabe remitirse como parte integrante de esta sentencia— son incorporados mediante el agregado de copia de esa decisión a este expediente y justifican que, por mayoría, el Tribunal haga lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA, revoque la sentencia recurrida y rechace el amparo planteado por el actor. Costas por su orden en todo el proceso (art. 14, CCBA).

El juez Julio B. J. Maier agregó:

La decisión de la Cámara, en cuanto concede parcialmente el recurso de inconstitucionalidad del GCBA, resulta acertada. En efecto, como lo expuse en los casos citados en el primer punto de este voto, dos fundamentos centrales —referidos ambos al agravio procesal vinculado con el art. 14 de la CCBA— sos-

tienen el reclamo de la recurrente. En primer lugar, la presunta lesión de legalidad atribuida a la actuación de la demandada no es manifiesta o evidente. Tampoco se advierte que el reclamo efectuado en el litigio implique, mucho menos dado el tiempo transcurrido, la consumación o inminencia de producción de un daño de tal gravedad, que implique la afectación del derecho constitucional a trabajar. De este modo, las dos condiciones cuya concurrencia supone la acción de amparo no están presentes en el caso.

En segundo lugar, la moda consistente en tomar la vía del amparo y sustituir, así, los procedimientos judiciales previstos en la ley de rito, propicia falsas interpretaciones formales sobre el modo y el tiempo en los cuales deben ejercerse los derechos procesales pertinentes y, en el caso, significa un menoscabo a la defensa posible del Gobierno, aquí demandado. El amparo es un proceso serio, reglado por disposiciones constitucionales, en razón de lo cual no resulta admisible emplearlo como una vía residual, vaciada de toda especificidad y dependiente del gusto del actor. Mucho menos resulta una vía genérica, sustitutiva de cualquier procedimiento contencioso-administrativo (para apreciar el desarrollo por el Tribunal de una regla, a mi entender razonable, sobre la procedencia del amparo, ver la sentencia del TSJBA en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Parcansky, Manuel Jorge c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA]'", expte. nº 4970/06, resolución del 5/6/2007).

Por ello, emitido el dictamen del Fiscal General Adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA, revocar la sentencia recurrida y rechazar el amparo planteado por Pablo Javier Bonany.

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

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

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

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

En similar sentido se resolvió en la causa 5612/07 "Ibarra, Héctor Salvador c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", también del 14/5/2008.

XCV

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA GENERAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN INCIDENTE DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN EN AUTOS 'IERINO, LEANDRO O LEONARDO JAVIER S/INF. ART. 189, BIS C.P. —APELACIÓN'"

RECURSO DE QUEJA: Sentencia equiparable a definitiva. Derecho a ser juzgado en un plazo razonable. Gravamen de imposible reparación ulterior. DEFENSOR OFICIAL: Exención de pago de depósito.

SUMARIOS:

1. La resolución que revocó la solicitud de extinción de la acción penal por prescripción, no es una sentencia definitiva en los términos del art. 27 de la ley 402, pues el procedimiento prosigue su desarrollo —no se trata de la última decisión de mérito—, de manera tal que eventuales agravios podrán ser planteados contra la sentencia definitiva. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

2. No corresponde intimar al defensor oficial para que acredite el pago del depósito previsto como requisito de admisibilidad de un recurso de queja. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

3. Una pretendida cuestión constitucional resuelta por una decisión no definitiva durante la tramitación del proceso, por regla, no habilita la vía intentada, pues será susceptible, en todo caso, de ser conocida por este Tribunal en ocasión del recurso de inconstitucionalidad que quepa deducir contra la sentencia definitiva, si persisten y se mantienen en forma correcta los agravios pertinentes. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Luis F. Lozano y Ana María Conde).*

4. La doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación por la que ciertas decisiones pueden ser equiparadas a sentencias definitivas en tanto provocan gravamen de insuficiente o tardía reparación ulterior, no resulta aplicable si no se demuestra de una manera razonada por qué motivo la cuestión objeto del proceso es asimilable a los precedentes en los que el Máximo Tribunal consideró pertinente su intervención anticipada en mérito de una fundada denuncia de vulneración de la garantía del plazo razonable de duración del *proceso (Voto del señor juez José O. Casás).*

5. Los pronunciamientos que rechazan la prescripción de la acción penal, por regla, no tienen carácter definitivo, salvo que se compruebe una "prolongación injustificada" del proceso. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

6. El rechazo del planteo de prescripción de la acción no permite determinar *per se* que se ha desconocido el derecho del encausado a obtener un pronunciamiento dentro de un plazo razonable. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

7. Por regla las decisiones que no ponen fin al pleito o que ordenan su continuación no son, en principio, equiparables a sentencia definitiva, salvo que se justifique, como lo hace en este caso la defensa con apoyo en jurisprudencia de la

CSJN, que el agravio que causa el pronunciamiento recurrido es de insuficiente o tardía reparación ulterior. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

8. El mandato contenido en el art. 56, inc. 2º, ley 1287 (con sus modificaciones por ley 1330) tiene por finalidad la realización del derecho a ser juzgado en un plazo razonable. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

9. Es la propia ley (art. 56, inc. 2º, ley 1287, con sus modificaciones por ley 1330) la que establece que el cumplimiento del plazo previsto tiene como consecuencia la culminación del proceso a través del archivo de las actuaciones, y dicho precepto no debe ser considerado una simple pauta de razonabilidad sujeta al arbitrio jurisdiccional. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 5542/07 - 14/5/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Defensor General de la Ciudad de Buenos Aires interpuso recurso de queja (fs. 44/56) contra la resolución de la Sala I de la Cámara Contravencional y de Faltas (fs. 41/42) que consideró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad (fs. 27/40) deducido, a su vez, contra la decisión de la Cámara que había revocado la resolución de primera instancia que hacía lugar al planteo de excepción de falta de acción por prescripción formulado por la Defensoría Oficial y, en consecuencia, había declarado extinguida la acción penal por prescripción respecto de Leandro Javier Ierino (fs. 22/26).

2. En su recurso de inconstitucionalidad la defensa presentó los siguientes agravios (fs. 38/40): *a)* vulneración del *ne bis in idem*, ya que el sobreseimiento revocado por la Cámara se habría basado en dos fundamentos distintos e independientes entre sí (ausencia de acto interruptivo de la prescripción y lesión al plazo razonable) y el fiscal, en su apelación, sólo habría impugnado uno de esos "fundamentos", razón por la cual, a juicio de la defensa, el otro "fundamento" habría adquirido "firmeza", debiendo considerarse así que el sobreseimiento dictado había pasado en autoridad de cosa juzgada; *b)* violación al principio de legalidad, pues el fallo recurrido no habría analizado ni refutado el argumento constitucional esgrimido por la defensa —relativo a una única interpretación de las normas penales que regulan la prescripción de la acción que satisfacía el principio de legalidad— y habría resuelto aplicando dogmáticamente un criterio jurisprudencial adverso al receptado por el juez de primera instancia y propugnado por ella; y *c)* errónea interpretación del alcance del derecho a ser juzgado en un plazo razonable, pues la Cámara habría realizado "una interpretación y aplicación de las normas locales que regulan el procedimiento penal que desconoce la garantía del juez natural, del debido proceso y de la igualdad ante la ley, que culmina en el desconocimiento

del derecho de [su] asistido a ser juzgado en un plazo razonable, conforme el alcance sentado por la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación establecida en el caso 'Barra' ya citado" (fs. 39).

3. La declaración de inadmisiblidad del recurso de inconstitucionalidad se basó, resumidamente, en: *a)* el recurso no se dirigía contra una sentencia definitiva ni equiparable a tal, en tanto las decisiones cuya consecuencia es la obligación de continuar sometido a proceso no reúnen la calidad de sentencia definitiva; y *b)* la defensa no logró demostrar la presencia de un caso constitucional, pues sus agravios sólo expresaron una mera disconformidad con lo decidido por la Cámara y con la interpretación que le diera a una norma de derecho común (art. 67, C.P.).

4. El Fiscal General Adjunto, en su dictamen, consideró que el recurso de queja debe ser rechazado: *a)* por no dirigirse contra una sentencia definitiva ni equiparable a tal, pues la decisión recurrida no tiene más virtualidad que la de posibilitar que el imputado siga sometido a proceso y que éste continúe su curso; *b)* por entender que el recurrente no cumplió con la carga procesal de analizar las distintas circunstancias relevantes, según doctrina de la CSJN, para determinar si en el caso se ha vulnerado el derecho a que el proceso no se dilate de modo excesivo o irrazonable, lo que convierte en infundado su reclamo; y *c)* porque en definitiva la defensa pretende que se debata en esta instancia una cuestión de neto corte infraconstitucional, como lo es por principio el instituto de la prescripción de la acción penal, confundiéndolo con el derecho a no ser sometido a proceso por un lapso irrazonable, o cuestiones de mera naturaleza procesal, también ajenas a los motivos contemplados por el art. 27 de la ley 402 (fs. 65/69).

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de queja interpuesto por la defensa del señor Ierino es formalmente admisible, contiene además una crítica fundada y acertada del auto denegatorio.

Asiste razón a la defensa en cuanto a que el recurso de inconstitucionalidad fue interpuesto contra una resolución equiparable a definitiva. Por regla las decisiones que no ponen fin al pleito o que ordenan su continuación no son, en principio, equiparables a definitiva, sin embargo en su presentación la defensa, con apoyo en jurisprudencia de la CSJN, ha demostrado que se trata de un caso excepcional, pues justificó que el agravio que causa el pronunciamiento recurrido a su defendido es de insuficiente o tardía reparación ulterior.

La defensa alega la lesión del principio de legalidad y del derecho de todo imputado a ser juzgado en un plazo razonable provocada por la interpretación que la Cámara dio a las reglas aplicadas al caso en materia de prescripción y de duración de la investigación preliminar establecido por la ley 1287. De este modo, de asistirle razón a la defensa, el agravio de seguir sometiendo a su defendido a

proceso no podrá encontrar remedio al dictarse el pronunciamiento final de la causa, precisamente porque el vencimiento del plazo legal implica el agotamiento de la voluntad persecutoria estatal y, como consecuencia, otorga el derecho inmediato a no seguir sometido a proceso.

2. Corresponde ahora analizar los agravios planteados en el recurso de inconstitucionalidad.

La defensa alega que el tribunal de Alzada realiza una interpretación de las normas locales que regulan el procedimiento penal, que viola el derecho a ser juzgado en un plazo razonable (fs. 39). En este sentido, se agravia de la resolución de la Cámara en tanto resuelve que el plazo de duración de la investigación penal establecido por el art. 56, inc. 2º, de la ley 1287 sólo es aplicable desde el momento en que su defendido fue indagado en sede contravencional (fs. 39 vta.).

Agrega que en virtud de un argumento infraconstitucional de tipo formal la Cámara soslaya la real duración del proceso al que su defendido estuvo y está sujeto desde hace más de tres años y siete meses; pese a que se trata de un hecho que no presenta complejidades probatorias ni de ninguna otra índole.

Por último, entiende que el criterio adoptado por la Alzada es también inválido porque invoca la propia torpeza de los operadores del sistema de administración de justicia penal, por cuya negligencia se prolongó la duración del proceso y plantea el desigualitario reconocimiento de la garantía que genera la posición adoptada por la Cámara (fs. 39 vta./40).

3. La norma cuya interpretación se discute establece que "[l]a investigación penal preparatoria no puede exceder el plazo de dos (2) meses para su conclusión, a contar desde la declaración o la detención del imputado. El fiscal puede solicitar motivadamente la prórroga del plazo al juez, el que nunca excederá de cuatro (4) meses, cuando las particularidades del caso así lo impusieren. Transcurrido el plazo máximo corresponde el archivo de las actuaciones. Sin embargo, en los casos de suma gravedad y de muy difícil investigación, la prórroga podrá exceder excepcionalmente dicho plazo".

4. Tal como he afirmado en anteriores ocasiones, el modo en que la Cámara interpretó el art. 56, inc. 2, ley 1287 (con sus modificaciones por ley 1330) desconoce los principios constitucionales que rigen en materia penal (conf. mis votos en "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Tosto, José Néstor s/inf. art. 189 *bis* del C.P.'", expte. nº 4178/05, resolución del 22/2/2006; y "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Incidente de excepción de falta de acción en autos: Petracona, Miguel Ángel s/inf. art. 189 bis, párr. 3º del C.P. —apelación'", expte. nº 4169/05, resolución del 22/2/2006).

El mandato contenido en la norma tiene por finalidad la realización del derecho a ser juzgado en un plazo razonable. Tal como ocurre por ejemplo en el caso de la prescripción, el simple transcurso del tiempo agota la voluntad estatal persecutoria.

Es la propia ley la que establece que el cumplimiento del plazo previsto tiene como consecuencia la culminación del proceso a través del archivo de las actuaciones. No estamos, por lo tanto, ante una simple pauta de razonabilidad sujeta al arbitrio jurisdiccional.

Por otro lado, es dable recordar que la obligación dirigida a los jueces de interpretar de la manera más restrictiva posible —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. En otras palabras, la voluntad estatal persecutoria, manifestada a través del poder legislativo, no puede ser modificada pretorianamente por los jueces en perjuicio del imputado.

La línea argumental sostenida por la Cámara no sólo es *contra legem,* sino que además parece propiciar la violación de la garantía de igualdad de trato entre quienes fueron imputados antes de la vigencia de la norma y quienes lo fueron con posterioridad.

5. Resta analizar si en el caso se ha cumplido con el plazo dispuesto por el art. art. 56, inc. 2º, ley 1287 (con sus modificaciones por ley 1330).

La defensa manifiesta que esta causa tuvo su origen el día 31/1/2004 con la detención del señor Leandro Javier Ierino y que el primer llamado a prestar declaración indagatoria fue efectuado el 29/4/2004. Por lo tanto, ya sea que contemos el plazo de dos meses desde la detención del imputado o desde su declaración habrá que concluir que, a la fecha y ante la falta de prórroga justificada, el plazo de duración de la investigación penal preparatoria previsto por el legislador se ha cumplido holgadamente.

No dejo de advertir que la excesiva duración de este proceso se debe en parte a problemas relacionados con el traspaso de competencias de la jurisdicción nacional a la local, sin embargo considero que las consecuencias de dichas dificultades, tal como lo afirma la defensa, no deben pesar sobre los imputados.

6. Por lo demás, la solución a la que arribo hace innecesario todo pronunciamiento sobre los restantes motivos de agravio contenidos en el recurso de inconstitucionalidad.

Por todo lo expuesto voto por admitir la queja, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad respecto del agravio referido al derecho a ser juzgado en un plazo razonable y, en consecuencia, ordenar el archivo de las actuaciones.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. El recurso de queja ha sido interpuesto en tiempo y forma (art. 33, ley 402). Sin embargo, no puede prosperar porque, como expondré a continuación, la decisión atacada por recurso de inconstitucionalidad no es la sentencia definitiva de la causa.

2. Tal como lo exponen los integrantes de la Sala I de la Cámara CyF en el auto denegatorio cuestionado por la queja bajo estudio, el recurso de inconstitucionalidad intentado por la defensa no se dirige contra una sentencia definitiva en

los términos del art. 27 de la ley 402. En efecto, la resolución de Cámara atacada por la defensa mediante el recurso de inconstitucionalidad ha decidido revocar la resolución del juez de primera instancia que hizo lugar a la solicitud de extinción de la acción penal por prescripción. Con ello queda demostrado que no existe base para el recurso del art. 27 de la ley 402 en tanto el procedimiento prosigue su desarrollo —no se trata de la última decisión de mérito—, de manera tal que eventuales agravios podrán ser planteados contra la sentencia definitiva.

Como ya he dicho en anteriores oportunidades ("Ministerio Público —Defensoría en lo Contravencional y de Faltas Nº 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Curibanco Carrión, Elmer Wilman s/inf. art. 189 bis del C.P.'", expte. nº 4800/06, sent. del 28/11/2006, entre otros), el recurso de inconstitucionalidad está previsto, en principio, para revisar todos los agravios una vez que se obtenga la sentencia definitiva, esto es, para que se pueda ocurrir una única vez ante este Tribunal. Tal recurso no está previsto, en cambio —y aún en caso de yerro en la decisión del tribunal de alzada—, para cuando el procedimiento prosigue en busca de la sentencia definitiva. Ni siquiera considero que existan decisiones que pueden ser *asimilables* a una sentencia definitiva a los fines del recurso previsto en el art. 113, inc. 3º, de la Constitución local. El art. 27 de la ley 402 sólo permite el recurso de inconstitucionalidad una vez lograda la sentencia que finaliza el juicio de mérito. Y, a decir verdad, esa regulación resulta absolutamente racional para un tribunal extraordinario —que no es el tribunal de mérito—, pues el defecto puede subsanarse durante el procedimiento, incluso por un resultado final favorable al perjudicado por el vicio.

Este motivo es suficiente para votar por el rechazo de la queja.

3. Por último, y frente al rechazo de la queja expresado en los párrafos precedentes, debo aclarar que, según lo expuse en reiteradas ocasiones (ver, *inter alia*, mi resolución como juez de trámite en "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 3— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ábalos, Oscar Adrián s/art. 71 CC —apelación'", expte. nº 1509/02: interpretación sistemática del art. 34, II, ley local 402 y art. 3º, inc. *a*], ley local 327), no corresponde intimar para que se acredite el pago del depósito previsto como requisito de admisibilidad de un recurso de queja, relativo a un recurso de inconstitucionalidad denegado, dado que ha sido interpuesto, a favor de su pupilo, por la defensa oficial, órgano del ministerio público según la propia, CCBA.

El juez José O. Casás dijo:

1. La crítica expuesta por el recurrente en la queja agregada a fs. 44/56 se centra en intentar demostrar que la Cámara de Apelaciones rechazó, en forma infundada, la equiparación de la decisión impugnada en estas actuaciones a una "sentencia definitiva". A criterio del recurrente, la circunstancia de que se revoque una decisión que ponía fin al proceso de manera definitiva, con la consecuente obligación de ser sometido a proceso y "de que —eventualmente— recaiga una condena penal" respecto de su defendido, el señor Ierino, haría directamente aplicable al caso la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en base a la cual ciertas

decisiones pueden ser equiparadas a la sentencia definitiva en tanto provocan un gravamen de insuficiente o tardía reparación ulterior (fs. 50 vta.).

El planteo se ve reforzado —a criterio del presentante— pues los tribunales locales no pueden, de acuerdo a la doctrina de la CSJN (*Fallos,* 308:490 y 311:2478, entre otros), aplicar estándares más restrictivos que el utilizado por la propia Corte para la admisión del recurso extraordinario federal en casos similares.

Además, el señor Defensor General señala una supuesta contradicción en los criterios expuestos por la Cámara de Apelaciones en este proceso y afirma, finalmente, que la existencia en el caso de una cuestión constitucional (relativa a la supuesta vulneración del principio de legalidad y la duración razonable del proceso) fue negada por los jueces en forma dogmática.

2. Como se verá, la queja debe ser rechazada, pues los argumentos expuestos por el señor Defensor General de la Ciudad no logran conmover los motivos por los cuales el recurso de inconstitucionalidad que viene a defender fue declarado inadmisible.

Básicamente, el recurrente no ha logrado demostrar que corresponda la aplicación del criterio de excepción que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha empleado en casos en que consideró pertinente su intervención anticipada en razón de una fundada denuncia de vulneración de la garantía del plazo razonable (*Fallos,* 327:327 por remisión al voto de los jueces Petracchi y Boggiano en *Fallos,* 322:360; CSJN, "Santángelo, José María s/defraudación por administración fraudulenta", S. 2491 L. XLI, sent. del 8/5/2007 y CSJN, "Acerbo, Néstor Horacio s/contrabando —causa 51.221—" sd, A. nº 2554 L. XL, sent. del 21/8/2007, entre otros).

En efecto, tal como lo expone el señor Fiscal General Adjunto en su dictamen (fs. 65/69), la defensa ha omitido explicar de manera razonada por qué motivos el presente caso resulta asimilable, sin más, a aquellos ventilados en los precedentes reseñados, donde el Tribunal cimero señaló, en cada caso concreto, las puntuales circunstancias demostrativas de la vulneración del plazo razonable de duración del proceso.

En ese sentido, también parece oportuno recordar que una pretendida cuestión constitucional resuelta por una decisión no definitiva durante la tramitación del proceso, por regla, no habilita la vía intentada, pues será susceptible, en todo caso, de ser conocida por este Tribunal en ocasión del recurso de inconstitucionalidad que quepa deducir contra la sentencia definitiva, si persisten y se mantienen en forma correcta los agravios pertinentes.

Además, dado el avanzado estado del trámite de esta causa, nada hace presumir que el dictado de la sentencia en este proceso pueda demorarse un lapso de tiempo tan prolongado que tenga la aptitud para irrogar al procesado un perjuicio que no pueda ser ulteriormente reparado (doctrina de *Fallos,* 301:197, a *contrario sensu*).

3. Por último —en torno a la supuesta arbitrariedad por "autocontradicción" de la decisión que denegó el recurso de inconstitucionalidad (punto IV.b de la queja en estudio)—, el recurrente intenta demostrar que los jueces de la Cámara de Apelaciones, en forma contradictoria, consideraron "la misma situación objetiva (el sobreseimiento o no, de Ierino)" *(sic)* primero como un auto equiparable a sentencia definitiva y luego como si no lo fuera. Esto en tanto si bien concedieron el recurso de apelación del Ministerio Público Fiscal contra el sobreseimiento dictado en primera

instancia a favor de Ierino, luego se negaron a considerar equiparable a definitiva la decisión que revocó ese sobreseimiento a los fines del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el defensor del señor Ierino (fs. 52 vta./53).

La defensa con su razonamiento parece asimilar sin mayor desarrollo argumental dos situaciones diversas: por un lado, la decisión de sobreseer en forma definitiva al imputado y archivar las actuaciones, apelada por el representante del Ministerio Público Fiscal (fs. 6/10 y 11/14) y, de otro, la resolución —recurrida por la defensa— que dispuso revocar el sobreseimiento dictado en primera instancia (fs. 22/26). En oposición a lo afirmado por el recurrente, no se advierte a simple vista contradicción en el razonamiento de la Cámara respecto al carácter de ambas decisiones y las consecuencias que cada una de ellas posee en relación con el sujeto que pretende impugnarlas, pues la decisión de sobreseer al imputado en forma definitiva en la causa dirime la controversia *poniendo fin al proceso*, y, por el contrario, la revocatoria de aquel sobreseimiento sólo trae aparejada *la continuación del proceso*. Así las cosas, dado que —como se dijo—, la interesada no se ha hecho cargo de las distinciones antes indicadas, la falta de fundamentación señalada basta para desestimar el planteo de arbitrariedad formulado.

4. Por las consideraciones expuestas, corresponde rechazar la queja interpuesta por la defensa del señor Ierino y diferir las consideraciones relativas a la integración del depósito previsto en el art. 34 de la ley 402 a las resultas del trámite del beneficio de litigar sin gastos iniciado por el recurrente, según surge de la certificación agregada a fs. 43 (conf. "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Feng Chen Chih s/art. 40 CC —apelación'", expte. nº 2212, sent. del 11/6/2003).

Así lo voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Adhiero al voto del doctor José O. Casás.

Por la razones apuntadas en mi voto en la causa "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad en: 'Ronchetti, Leonardo s/art. 47, CC —apelación— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado'", expte. nº 3996/05, resolución del 14/9/2005, voto por declarar no exigible el depósito previsto en el art. 34 de la ley 402.

La jueza Ana María Conde dijo:

Adhiero al voto de mi colega José O. Casás pues, tal como él lo expone suficientemente, la queja no defiende un recurso dirigido contra una sentencia definitiva a tenor del art. 27 de la ley 402, ni contra un auto que, por sus efectos, pueda ser *excepcionalmente* equiparado a aquélla en razón de la jurisprudencia de la CSJN. En efecto, no es función del Tribunal revisar *todos* los pronunciamientos que rechazan la prescripción de la acción penal, pues, éstos, por regla, no tienen carácter definitivo (*Fallos,* 295:704; 303:740; 304:152; 314:545), aunque se invoque "la lesión a garantías constitucionales o la tacha de arbitrariedad" (*Fallos,* 307:1030; 312:552, 573 y 577; 315:2049; 322:2920). Ello así, porque su única consecuencia,

como la de muchas otras decisiones, es la obligación del encausado de continuar sometido al proceso criminal (*Fallos,* 296:405; 298:408; 307:1030). Si bien ha sido reconocida una excepción a esa regla cuando se comprueba una "prolongación injustificada" del proceso (*Fallos,* 306:1688 y 1705), tal como correctamente lo expresa el Fiscal General Adjunto, este extremo no fue explicado apropiadamente en la queja y, en rigor, el recurrente ante este estrado no consigue demostrar que en autos exista una demora de esa entidad. Que aquí se haya rechazado un planteo de prescripción de la acción no permite determinar *per se* que se ha desconocido el derecho del encausado a obtener un pronunciamiento dentro de un plazo razonable y la circunstancia de que haya transcurrido un término de tres años desde que esta causa tuvo origen —en una jurisdicción extraña y al amparo de otra ley procesal— tampoco autoriza a presumir válidamente que, hasta que se dicte la sentencia definitiva, puede transcurrir un lapso tan prolongado que en sí mismo irrogue un perjuicio que no pueda ser reparado ulteriormente (*Fallos,* 316:1328).

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja agregado a fs. 44/56.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita esta queja a la Sala I de la Cámara CyF.

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

XCVI

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

RECURSO DE QUEJA. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Caso constitucional. Sentencia equiparable a definitiva. Denegatoria del fuero federal. Juez natural. Metrovías. CUESTIÓN DE COMPETENCIA: Competencia del fuero contencioso administrativo y tributario de la Ciudad de Buenos Aires. Contrato de concesión. Causa contencioso administrativa. AUTONOMÍA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES: Poder de policía local.

SUMARIOS:

1. Si bien, por regla general, las decisiones en materia de competencia no constituyen sentencia definitiva, aquellas resoluciones que deniegan el fuero fede-

ral —supuesto distinto a la denegatoria del fuero nacional ordinario— constituyen sentencias equiparables a definitivas. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde al que adhiere el señor juez José O. Casás).*

2. La reforma de la Constitución Nacional en 1994 y la sanción de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en 1996 operaron un cambio fundamental en el sistema federal y le han conferido a la Ciudad las facultades de organizar sus propias instituciones, y crear su Poder Judicial precisando su ámbito de competencia, en la que está comprendido el tratamiento de las acciones judiciales que cuestionen los actos dictados por el Ente Regulador de Servicios Públicos. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde al que adhiere el señor juez José O. Casás).*

3. Los actos administrativos de la Administración Pública porteña deben ser cuestionados ante el Poder Judicial del mismo Estado local, máxime cuando se trata de una relación de derecho público local, como lo es el ejercicio del poder de policía. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde al que adhiere el señor juez José O. Casás).*

4. Del contrato de concesión firmado por el Estado nacional y la empresa Metrovías, surge que son ellas las únicas partes obligadas por sus cláusulas, que no pueden oponerse a terceros ajenos a su celebración (art. 1197 del Cód. Civil), como lo es la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, continuadora en lo relativo al ámbito jurisdiccional de la ex Municipalidad, cuyo titular intervino como mero espectador —sin carácter de parte— del mencionado contrato y no ha tenido facultad jurídica ni para modificar, ni para aceptar, ni para rechazar ninguna cláusula del mismo. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

5. Cabe rechazar el recurso de inconstitucionalidad pues los argumentos de la recurrente no logran demostrar que la decisión vinculada con la validez o invalidez de un acto administrativo de carácter local, verse sobre materia federal, remita a la aplicación de normas federales, o requiera analizar el contrato de concesión y su cumplimiento, ni tampoco se acredita que el control del alcance atribuido al poder de policía ejercido mediante la resolución atacada, exceda el ámbito normativo local que el Poder Judicial de la CABA debe aplicar para resolver las controversias sometidas ante sus tribunales (arts. 129, C.N. y art. 106 de la CCBA). *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

6. Las alegaciones vertidas en el recurso no pasan de ser una invocación genérica del contrato de concesión para reclamar una inmunidad que, en relación con la competencia del Poder Judicial de la CABA, la recurrente no prueba haber recibido ni de la ley ni del contrato. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

7. Entre una multa retributiva, impuesta en sede local, y las sanciones disponibles para la autoridad nacional, destinadas a asegurar el funcionamiento del servicio público conforme a las condiciones que habilitan su prestación, no se verifica la identidad exigida para tener por configurado un supuesto de doble sanción ilegítima como pretende la recurrente para fundar la competencia federal que reclama. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

8. La denegatoria del fuero federal en que se pretende fundar la equiparación a sentencia definitiva de la sentencia recurrida no es viable en el marco del recurso regulado en los arts. 27 a 32 de la ley 402, ni resulta aplicable como excepción la

doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación por la que una decisión que deniega el fuero federal es asimilable a sentencia definitiva a los efectos de la admisibilidad del recurso extraordinario federal. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz al que adhiere el señor juez Julio B. J. Maier).*

9. La equiparación a sentencia definitiva sólo se justifica cuando la decisión recurrida sustrae definitivamente la causa de la jurisdicción local, supuesto que no se cumple cuando la sentencia cuestionada declara que la justicia del fuero contencioso administrativo y tributario de la Ciudad es competente para entender en los presentes actuados. *(Voto en disidencia de los señores jueces Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier).*

10. La sentencia que resuelve un problema de competencia, ya por incidente, ya de oficio, cuando quien lo decide tiene facultad para ello, no es, en caso alguno o, cuando menos, por regla, una sentencia definitiva. *(Voto en disidencia del señor juez Julio B. J. Maier).*

Expte. nº 5501/07 - 14/5/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La empresa Metrovías S.A. dedujo mediante apoderados, recurso directo de apelación ante la Cámara CAyT de la Ciudad (fs. 12/37) contra la resol. 34-EURSP-CABA/06 emitida por el Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por considerar que "la misma es nula de nulidad absoluta y manifiesta por adolecer de vicios esenciales en su competencia, (...) en su causa y en su procedimiento, así como por violar el principio del 'respeto de los propios actos' y los correspondientes al Derecho Administrativo Sancionador...". Señala que si bien se presenta conforme lo exige el art. 21 de la ley 210 —reguladora del Ente Único Regulador de los Servicios Públicos—, solicita como cuestión de previo y especial pronunciamiento la declaración de incompetencia del fuero Contencioso Administrativo de la Ciudad y que se giren las actuaciones a la Justicia Federal en lo Contencioso Administrativo. Considera que mientras la resolución cuestionada sanciona a Metrovías por supuestos incumplimientos del Contrato de Concesión, el art. 23 del propio Contrato de Concesión establece que a los efectos derivados del contrato, las partes se someten a la jurisdicción Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal, con exclusión de otro fuero o jurisdicción.

Asimismo, solicita la citación del Estado nacional — por considerar que la concesión de la que es titular es una concesión nacional de carácter federal—, y la suspensión de los efectos administrativos requiriendo la suspensión de la resolución en crisis conforme el art 189, CCAyT.

2. La Sala II de la Cámara CAyT destacó que la causa versa sobre la impugnación de un acto administrativo emanado de una autoridad administrativa del estado

local, por lo que consideró que el planteo de incompetencia debía ser rechazado. Con relación a la medida cautelar solicitada, decidió concederla y en consecuencia suspender los efectos de la resol. 34-EURSPCABA/06 (fs. 92/94).

3. Contra esa decisión Metrovías interpuso recurso de reposición; reiteró sus argumentos respecto de la competencia del fuero federal y destacó que la resolución dictada por la Cámara no se expidió sobre el pedido de citación al Estado nacional (fs. 95/101 vta.). La Cámara resolvió no hacer lugar al recurso de reposición por entender que Metrovías no logró refutar los argumentos de la sentencia atacada, y que no habiéndose habilitado la instancia judicial, el pedido de citación a terceros debía proveerse y sustanciarse en el momento oportuno.

4. Frente al rechazo del recurso de reposición, Metrovías planteó un recurso de inconstitucionalidad (fs. 104/111), que fue denegado por la Cámara (fs. 112/113 vta.) por considerar que la resolución recurrida no constituye sentencia definitiva y que no se trata de un supuesto en que se halle controvertida la interpretación de un precepto constitucional o la validez de una norma o acto bajo la pretensión de ser contrarios a aquélla.

5. Metrovías dedujo el recurso de queja previsto en el art. 33 de la ley 402 (fs. 400/410 vta.). Requerido su dictamen, el Fiscal General Adjunto propuso el rechazo del mismo (fs. 419/421).

6. A fs. 423 se corrió traslado al Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad de Buenos Aires del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por Metrovías S.A. por el plazo de 10 días, el que no fue contestado (ver fs. 426).

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. El recurso de queja interpuesto por Metrovías fue deducido en legal tiempo y forma (art. 33, LPTSJ) y, como veremos a continuación, cuestiona una sentencia equiparable a definitiva y plantea adecuadamente un caso constitucional, lo que justifica la apertura de la queja y el tratamiento del pertinente recurso de inconstitucionalidad.

a) Si bien, por regla general, las decisiones en materia de competencia no constituyen sentencia definitiva, aquellas resoluciones que deniegan el *fuero federal* —supuesto distinto a la denegatoria del *fuero nacional ordinario*— constituyen sentencias equiparables a definitivas, como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en diversos fallos (*Fallos,* 281:311; 303:235; 303:1542; 304:1154; 306:2101; 311:430, 605 y 1232, entre otros).

b) Asimismo, en cuanto a la configuración del "caso constitucional" requerido por el art. 27 de la ley 402, la recurrente cuestiona la aplicación al caso del art. 21 de la ley 210, y considera que la decisión de la Cámara afecta sus derechos constitucionales a la defensa en juicio y el debido

proceso (arts. 18, C.N. y 13, CCBA), porque contradice lo dispuesto por el art. 23 del contrato de concesión. Su esfuerzo argumental, si bien no es contundente —como veremos más adelante—, es suficiente para ser tratado en esta instancia, ya que obliga a expedirse sobre la garantía constitucional del "juez natural", piedra angular del debido proceso.

2. En cuanto al recurso de inconstitucionalidad, como cuestión liminar cabe diferenciar claramente dos cuestiones: *a)* la competencia del Ente Regulador para dictar el cuestionado acto administrativo sancionatorio, y *b)* la competencia de la Justicia local para entender en el presente caso.

En esta oportunidad no corresponde emitir opinión alguna sobre (a) si el Ente Regulador era o no competente para sancionar a Metrovías por el incumplimiento de obligaciones asumidas como operador del servicio público de transporte subterráneo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ya que ello se dilucidará al dictar la sentencia definitiva, de manera tal que *a los efectos de resolver el presente recurso ninguna incidencia tiene, y por ende no corresponde analizar la normativa local y federal referida al poder de policía en la citada materia.*

En esta instancia lo que debemos determinar es (b) cuál es el juez competente para tramitar la pretensión deducida en autos, y lo que determinará dicha competencia es la forma en que fue planteada la pretensión, que es la que fija el *objeto* del proceso (conf. Palacio, Lino E.: *Manual de derecho procesal civil,* 17ª ed. actualiz., p. 194, LexisNexis, Buenos Aires, 2003; art. 5º, CPCCN, ley ritual aplicable en el fuero federal que ambiciona la recurrente).

Y la pretensión deducida por Metrovías se orienta a obtener la declaración de nulidad de la resol. 34-EURSPCABA/06 emitida por el Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por distintos defectos que individualiza (ver fs. 12).

3. Tal como ha sido planteada dicha pretensión, resulta aplicable el art. 21 de la ley 210, que establece, en lo pertinente, que "Las decisiones de naturaleza jurisdiccional del Ente y sus actos sancionatorios son apelables (...) mediante recurso directo ante la Cámara en lo Contencioso Administrativo de la Ciudad...".

Por otra parte, el art. 48 de la ley 7 —Ley Orgánica del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires— establece que la Justicia en lo contencioso administrativo y tributaria entenderá en todas las cuestiones en que la Ciudad sea parte, cualquiera fuera su fundamento u origen, tanto en el ámbito del derecho público como del derecho privado.

La ley 189 precisa el alcance de esta disposición, al determinar que "Son causas contencioso administrativas a los efectos de este Código todas aquellas en que una autoridad administrativa, legitimada para estar en juicio, sea parte..." (art. 2º), y "Se consideran autoridades administrativas de la Ciudad de Buenos Aires *la Administración pública* centralizada, desconcentrada y *descentralizada*, los órganos legislativo y judicial de la Ciudad de Buenos Aires, en ejercicio de la función administrativa y los entes públicos no estatales o privados en cuanto

ejerzan potestades públicas otorgadas por las leyes de la Ciudad de Buenos Aires" (art. 1º —lo destacado no se encuentra en el original—). El Ente Único Regulador de Servicios Públicos se encuentra alcanzado por estas normas, ya que es un ente autárquico, integrante de la Administración Pública descentralizada (conf. art. 1º de la ley 210).

Es decir, tanto la ley especial (ley 210) como las leyes generales (ley 7 y 189) le confieren competencia a la Justicia Contencioso Administrativa local para entender en aquellas causas en las que se cuestionan decisiones del Ente Único Regulador de Servicios Públicos, y ello es conteste con la forma de estado federal consagrada en la Constitucional Nacional (art. 1º, C.N.) y el respeto a la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires (art. 129, C.N.), disposiciones en virtud de las cuales aquellos actos administrativos de la Administración Pública porteña deben ser cuestionados ante el Poder Judicial del mismo Estado local, máxime cuando se trata de una relación de derecho público local, como lo es el ejercicio del poder de policía.

4. No obsta a dicha conclusión lo pactado en el art. 23 del contrato de concesión, según el cual "A todos los efectos derivados del presente Contrato las partes se someten a la jurisdicción de los Tribunales del Fuero Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal, con exclusión de todo otro fuero o jurisdicción".

En primer lugar, dicho contrato de concesión fue firmado por el Estado Nacional —a través de su Ministro de Economía y Obras y Servicios Públicos—, en calidad de concedente, y Metrovías S.A., en calidad de concesionaria. Y como lo consagran las normas referidas a los contratos contenidas en el Código Civil, aplicables analógicamente a la contratación administrativa, el Estado nacional y Metrovías son las partes del contrato, y sólo a ellas pueden obligar las cláusulas del mismo (conf. art. 1197, Cód. Civil), sin que puedan oponerse a terceros ajenos al contrato, como lo es la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (conf. art. 1199, Cód. Civil).

La intervención que ha tenido en el contrato la ex Municipalidad de la Ciudad, a través del por entonces Intendente Municipal, ha sido la de mero espectador, por lo tanto, y al no ser parte, no ha tenido facultad jurídica ni para modificar, ni para aceptar, ni para rechazar ninguna cláusula del mismo, lo cual no genera compromiso alguno a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en su carácter de continuadora de la ex Municipalidad, en lo relativo al ámbito jurisdiccional acordado.

Y en segundo lugar, luego de la firma del contrato de concesión (el 25/11/1993), fueron dictadas la reforma de la Constitución Nacional (en 1994) y la sanción de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en 1996), que operaron un cambio fundamental en el esquema federal, con la consagración de la autonomía porteña. Ello significó conferirle a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la facultad de organizar sus propias instituciones, y en tal sentido creó su Poder Judicial y le precisó el ámbito de su competencia, entre la que se encuentra entender en las acciones judiciales que cuestionen actos dictados por el Ente Único Regulador de Servicios Públicos.

5. Por todo lo expuesto, voto por admitir la queja y rechazar el recurso de inconstitucionalidad.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Adhiero a lo expresado en los puntos 1 a 3 del voto de la señora jueza de trámite, doctora Ana María Conde, desarrollos que explican acabadamente los motivos por los cuales corresponde admitir la queja y rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por Metrovías S.A.

En efecto, tal como lo subraya mi distinguida colega, ésta no es la oportunidad para emitir opinión sobre si el Ente Único Regulador de los Servicios Públicos de la Ciudad era o no competente para sancionar a Metrovías por los presuntos incumplimientos que dieron lugar a la multa impugnada. Lo que aquí se dilucida es qué tribunal resulta competente para tramitar la pretensión de autos, que tiene por objeto cuestionar la validez de un acto administrativo emanado de una autoridad administrativa local —resol. 34-EURSPCABA/06 del Ente Único Regulador de los Servicios Públicos de la Ciudad—. Y, como fuera destacado, el proceso expresamente previsto a tal fin es aquel dispuesto en el art. 21 de la ley local 210.

Así lo voto.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Las resoluciones que deciden cuestiones de competencia, por regla, no constituyen sentencia definitiva a los efectos del recurso de inconstitucionalidad. En cambio, es equiparable a tal, la resolución que suponga sustraer una causa de la jurisdicción local (conf. TSJBA *in re* "GCBA c/Soto, Alberto Sabino s/recurso de queja s/sumarísimo", expte. nº 726/00, resolución del 21/3/2001). También lo sería aquella que importe la denegatoria del fuero federal, porque su eventual revisión por la CSJN en la vía extraordinaria, exige que el debate sobre el punto fenezca ante el Superior Tribunal de la jurisdicción local (*Fallos,* 306:480 y 311:2478).

Desde su primer presentación, Metrovías S.A, postuló la competencia del fuero Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal para intervenir en autos, planteo que fue rechazado por la resolución de fs. 92/94 y que, ante la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad articulado en su contra, originó esta queja. Así entonces, por estar controvertido un pronunciamiento que denegó el fuero federal invocado por la actora, corresponde equiparar esa sentencia a una definitiva, admitir la queja y resolver el recurso de inconstitucionalidad de fs. 104/111.

2. Ante todo, cabe recordar que, a los efectos de dilucidar cuestiones de competencia, debe atenderse a la exposición de los hechos que el actor hace en la demanda, y después, sólo en la medida que se adecue a ellos, el derecho que se invoca como aplicable al caso (conf. mi voto *in re* "Auditoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/Coordinación Ecológica Área Metropolitana Sociedad del Estado (CEAMSE) s/acción meramente declarativa", expte. nº 3944/05, resolución del 30/11/2005 y *Fallos,* 324:2031 entre muchos otros).

En el *sub lite* la recurrente articuló el recurso directo previsto por el art. 23 de la ley 210, a fin de impugnar la resol. 34-EURSPCABA/06, por medio de la que el Ente Único Regulador de los Servicios Públicos de la CABA había sancionado a Metrovías S.A. con una multa de $ 987 "por los incumplimientos [supuestamente] constatados en las Líneas A y Premetro respecto de la cantidad de coches despachados entre los días 12 y 23/7/2004", bajo la invocación de los arts. 2º, 3º, 20 y 22 de la ley 210, arts. 15 y 16 de la ley 757 y art. 47 de la ley 24.240. Para lo que ahora importa, solicitó como cuestión de previo y especial pronunciamiento la declaración de competencia de los "Tribunales Federales en tanto (...) son ellos quienes deben analizar el cumplimiento o incumplimiento del contrato de concesión" (fs. 106). También requirió la citación del Estado nacional y objetó la validez de la resol. 34/06, entre otros motivos, por ausencia de competencia del órgano emisor para imponer la sanción allí dispuesta. Finalmente pidió el dictado de una medida cautelar para suspender los efectos de la resolución impugnada (fs. 12/37).

3. Por su parte, también corresponde señalar que a fin de decidir la radicación de las causas en las que estuviera de algún modo involucrado el servicio de subterráneos que opera en esta ciudad, cuando la competencia quedara disputada entre la justicia de la CABA y la federal, la CSJN tiene dicho que corresponde intervenir a esta última si "(...) a los efectos de resolver la pretensión de la actora, será necesario examinar las disposiciones que rigen la concesión del servicio y verificar el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la demandada" [en el caso, la concesionaria] (*Fallos,* 328:2716).

Bajo las pautas enunciadas, que por lo demás coinciden con las que había establecido este Tribunal —aunque luego el precedente fuera revocado al diferir la CSJN en cuanto a su aplicación a los hechos de la controversia, por los alcances que ese estrado atribuyó a la pretensión en juego—, corresponde resolver los planteos formulados (conf. TSJBA *in re* "Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado" en: "Asociación Vecinal Belgrano 'C' Manuel Belgrano y otros c/GCBA y otro s/amparo", expte. nº 1201/01, resolución del 10/9/2003).

4. En autos se controvierte, según la exposición de los hechos formulada por Metrovías S.A. la validez de un acto administrativo emanado del EURSP de la CABA que buscó apoyo en normas de carácter local y en el régimen que la ley 24.240 regula para ser aplicado por las provincias y la CABA.

En efecto, para lo que ahora importa, la resolución impugnada para arribar a la sanción en cuestión, analizó "los alcances del poder de policía local sobre los servicios públicos" que según explicó, en la visión tradicional, se proyectan "en materia de moralidad, de salubridad y de seguridad". A su vez, señaló que en relación con "la defensa y protección de los derechos de (...) usuarios y consumidores, de la competencia y del medio ambiente" el Ente podría actuar "en forma concurrente con otras jurisdicciones". También pasó revista de la normativa local que enmarca las funciones de policía de la CABA y las del órgano regulador (v. gr. arts. 80, 46, 104 y 138 de la CCBA y leyes 210, 757 y 899), en especial recordó que la Ley de Defensa del Consumidor establece en su art. 41 que "las provincias y

la Ciudad de Buenos Aires actuarán como autoridades de aplicación local respecto de los hechos sometidos a su jurisdicción". Así, la resolución 34/2006 concluyó que "de la interpretación armónica de la normativa citada surge que al Ente Único Regulador de los Servicios públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (...) le corresponde ejercer ese poder de policía en lo que hace al control, seguimiento y resguardo de la calidad de los servicios públicos" bajo su control porque, además, es autoridad de aplicación de la ley nacional 24.240. También formuló referencias al contrato de concesión así como a las potestades de control que la CABA tendría a su cargo (fs. 3/11).

Sin embargo, a criterio de la recurrente, el pleito, en razón de la materia y lo dispuesto por el contrato de concesión del servicio, corresponde a la jurisdicción federal. En tal sentido, Metrovías S.A. argumentó que "la concesión de la que es titular (...) es una concesión nacional, en la que el Estado nacional reviste la condición de Concedente y todo el marco normativo que regula la misma se mantuvo en ese ámbito" así como que el Estado nacional conserva el control de la Concesión hasta tanto se cumplan los actos de transferencia a la Ciudad, lo cual al presente aún no ha sucedido" (fs. 107). Finalmente, dijo que para analizar la cuestión de fondo sería necesario examinar las disposiciones que rigen la concesión del servicio y verificar el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la demandada, circunstancia que conforme al precedente de la CSJN que cita en su apoyo, correspondería declinar la competencia a favor del fuero federal (fs. 107 bis).

5. A esta altura del proceso, y a los efectos de resolver el planteo de incompetencia, adelanto que los argumentos de la recurrente no logran demostrar que la decisión de autos, vinculada con la validez o invalidez de un acto administrativo de carácter local, verse sobre materia federal, remita a la aplicación de normas federales, o requiera, de modo principal, analizar el contrato de concesión y su cumplimiento. Tampoco que controlar el alcance atribuido al poder de policía ejercido mediante la resolución atacada, exceda el ámbito normativo local que el Poder Judicial de la CABA debe aplicar para resolver las controversias sometidas ante sus tribunales (arts. 129, C.N. y 106 de la CCBA). Aunque Metrovías S.A. postula que todo ejercicio de control sobre el servicio que presta comprometería la interpretación del contrato, sin advertir la diferencia que existe entre interpretar un contrato y ejercer potestades sancionatorias —originadas en el poder de policía o en el régimen de consumidores y usuarios— que toman al contrato como antecedente, no indica de qué modo la resolución del EURSPCABA avanzó sobre la interpretación del contrato de concesión ni por qué idéntica necesidad pesará sobre los jueces que revisen la multa cuestionada.

Por lo demás, la recurrente omite acreditar cómo la sanción impuesta afectaría la normal prestación del servicio. Ello así su planteo, analizado bajo las reglas aplicables a los establecimientos de utilidad nacional, para progresar debería demostrar, por un lado, que las potestades concurrentes que invoca la autoridad local, no existen, o que su ejercicio interfiere de manera concreta con la normal prestación del servicio de que se trata. Por otro lado, de todos modos, habría que distinguir

entre lo que se refiere a la legitimidad de la sanción y lo que atañe a la competencia del estado cuyos jueces deben controlar el acto impugnado.

En línea con lo dicho, en ocasión de expedirme sobre la existencia de centros inmunes al poder de policía local sostuve que "los poderes de la Nación y los de las entidades políticas locales con facultades propias de legislación y jurisdiccionales conviven sobre el mismo territorio[20], aun el de la Capital Federal cuya legislatura es la de la Ciudad y no el Congreso (cláusula transitoria séptima de la C.N.), con excepción de aquellas ocasiones en que un poder está previsto como privativo (imposición aduanera, para la Nación, u organización judicial local, para los gobiernos locales, p. ej.) o cuando, por razones de hecho, el ejercicio superpuesto es imposible, en cuyo caso prevalece el de la Nación (doctrina sentada *in re* "Mc Culloch v. Maryland" [17 U.S. 316, 1819], y recogida por la CSJN en *Fallos,* 240:311; 305:1381; 306:1883; 308:403 y 647; 314:1425; 315:751, entre otros)" (v. mi voto *in re* "Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/inf. falta de habilitación y otros'", expte. nº 4808/06, resolución del 20/12/2006).

6. La recurrente no acredita por qué correspondería a la justicia federal decidir si la sanción cuestionada excede las atribuciones derivadas del poder de policía propio de la CABA, o establecer si la potestad ejercida en el marco de la ley 24.240 quedaría ilegítimamente superpuesta con idéntico control proveniente de la órbita federal (v. art. 41 de la norma mencionada).

Cabe señalar que, entre una multa retributiva, impuesta en sede local, y las sanciones disponibles para la autoridad nacional, destinadas a asegurar el funcionamiento del servicio público conforme a las condiciones que habilitan su prestación, no se verifica la identidad exigida para tener por configurado un supuesto de doble sanción ilegítima como pretende la recurrente para fundar la competencia federal que reclama (fs. 108).

En este punto, nuevamente, los argumentos que invoca Metrovías S.A. no son conducentes para dirimir la competencia discutida sino, en todo caso, para resolver la pretensión de fondo.

7. El ejercicio de la competencia jurisdiccional aludida, ciertamente no impedirá la revisión de las cuestiones federales que Metrovías S.A. estimara configuradas, mediante el recurso previsto en el art. 14 de la ley 48 que, cumplidos los recaudos pertinentes, permitiría a la CSJN neutralizar desbordes de los poderes locales en desmedro de potestades conferidas al gobierno nacional.

8. En las condiciones indicadas, habiendo puesto la recurrente en tela de juicio un acto administrativo local dispuesto, según el EURSPCABA, en uso del poder de

[20] *Art. 75, inc. 30.* — "...Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines".

policía conferido por la CCBA, sus leyes reglamentarias, y las normas que regulan los derechos de usuarios y consumidores, no surge de la pretensión esgrimida cuál sería la relación jurídica que involucra al Estado Nacional que justifique citarlo al juicio. Por el momento, los argumentos de Metrovías S.A. no muestran que la sanción resistida colida con poderes ejercidos por autoridades nacionales, o que ella pudiera tener impacto sobre eventuales compensaciones a cargo del Estado Nacional, como esa parte pretende en su recurso. A este respecto, las críticas de la recurrente, en todo caso, conjeturan perjuicios económicos que no provendrían del ejercicio del poder de policía resistido, sino de uno posterior como lo sería la potestad de ejecutar la multa. En esa oportunidad, corresponderá, si fuera el caso, analizar la existencia de un gravamen concreto que pudiera impactar sobre la competencia de la justicia local para intervenir en el asunto suscitado por la mentada ejecución.

De todos modos, cabe recordar que la jurisdicción local otorgó una medida cautelar que suspende la ejecutoriedad de la sanción y el consiguiente deber de depositar el importe aludido (fs. 94).

Por el momento, entonces, ante la ausencia de elementos que permitan conectar los agravios de la actora en relación con la sanción impugnada y la ejecución del contrato de concesión a cargo de Metrovías S.A. pierde sustento la necesidad invocada por la recurrente, de citar al Estado nacional para que "la sentencia que en el presente caso se dicte, una vez firme, le sea oponible tanto a la Comisión Nacional de Regulación del Transporte (...) como a la Secretaría de Transporte de la Nación (...)" (fs. 110).

En consecuencia, y sin que los fundamentos expuestos impliquen expedirse con un alcance mayor que el requerido para resolver las cuestiones de previo y especial pronunciamiento planteadas por Metrovías S.A. corresponde admitir la queja y rechazar el recurso de inconstitucionalidad.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. La denegatoria del fuero federal, en la que Metrovías pretende fundar la equiparación a sentencia definitiva de la sentencia recurrida, no es un argumento plausible para la admisión del recurso de inconstitucionalidad local.

Aunque la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación establece que la sentencia que deniega el fuero federal o nacional es equiparable a sentencia definitiva para la procedencia del recurso extraordinario federal, las decisiones de la CSJN que amplían el significado de *sentencia definitiva* a decisiones interlocutorias iniciales de un procedimiento judicial, no son, a mi juicio, correlato de una interpretación correcta tanto del art. 14 de la ley 48, como del art. 27 de la ley local 402, que regula el recurso de inconstitucionalidad, que sólo permite dirigir este último recurso contra las *sentencias definitivas*. En ese sentido, ya he expuesto múltiplemente que la sentencia que resuelve un problema de competencia, ya por incidente, ya de oficio, cuando quien lo decide tiene facultad para ello, no es, en caso alguno o, cuando menos, por regla, una sentencia definitiva. Y no lo es tampoco, cuando el problema de competencia consiste en el entrecruzamiento de dos jurisdicciones distintas, por

ejemplo, la de los tribunales de la CABA frente a los tribunales nacionales, de una provincia frente a los de otra o de una provincia frente a tribunales nacionales o federales (ver mis votos en las causas "GCBA c/Soto, Alberto Sabino s/recurso de queja s/sumarísimo", expte. nº 726/00, resolución del 21/3/2001; "GCBA s/queja por recurso de apelación denegado en 'GCBA c/Empresa Nacional de Correos y Telégrafos [ENCOTESA] s/ejecución fiscal", expte. nº 1892, sent. del 12/2/2003; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'GCBA c/Osvaldo Buzzetti S.A. s/otras causas donde la autoridad administrativa es actora'", expte. nº 2270, resolución del 11/6/2003; "GCBA c/Ledesma Miguel Ángel s/medida cautelar s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 2314, sent. del 5/11/2003; "Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Laguna, Guillermo Mario c/GCBA y otro s/daños y perjuicios [excepto resp. médica]'", expte. nº 2330, 11/12/2003; "OSCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Herrero, José Javier c/GCBA s/cobro de pesos'", expte. nº 3195, resolución del 30/3/2005; expte. nº 4591/06 "Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Rodas, María Antonia c/GCBA y otros s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)'", a los que remito por razón de brevedad). La única posibilidad de decidir por anticipado sobre el particular esta constituida por el conflicto de competencia, a decidir por el superior común —la CSJN cuando se trata de un conflicto interjurisdiccional—, una vez que, como resultado de un incidente o de oficio, él sea planteado correctamente.

2. Tampoco se ha argumentado y, por ende, menos intentado probar, que la resolución impugnada le cause a la recurrente un perjuicio irreparable, esto es, imposible o insusceptible de ser subsanado ulteriormente. En particular, no se alcanza a comprender cuál fue la razón para que el actor demandara ante la jurisdicción local —en su caso, ¿prórroga de competencia?—, si desde el comienzo sostenía en su demanda la competencia de los tribunales federales (¡una excepción a su propia acción!) con sede en el mismo territorio (unas cuadras más allá). Le bastaría haber demandado ante el juez que la misma demanda considera competente o, cuando cae en cuenta de su error, desistir de la demanda actual y volver a demandar ante ese tribunal.

3. Si no se trata de una sentencia definitiva (sentencia que resuelve el conflicto planteado por la acción intentada), el recurso de inconstitucionalidad previsto por el art. 113, inc. 3º, CCBA y por el art. 27, LPTSJ (ley 402 Ciudad de Buenos Aires) resulta improcedente. Como consecuencia de lo expuesto, corresponde no hacer lugar a la queja y rechazar el recurso de inconstitucionalidad, de conformidad con el dictamen fiscal.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

La cuestión debatida en autos es sustancialmente similar a la que fuera resuelta en "Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Metrovías S.A. c/GCBA y otros s/otros rec. judiciales c/res. pers. públicas no est.'", expte. nº 5428, sent. del 9/4/2008.

Por razones de brevedad y con apoyo en los fundamentos que expusiera en los aparts. 1, 4, 5 y 6 del expediente indicado, voto por rechazar la queja intentada.

Por ello, emitido el dictamen del Fiscal General Adjunto, por mayoría

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. Admitir el recurso de queja interpuesto por Metrovías S.A. y devolver el depósito de fs. 399

2º. Rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por Metrovías S.A.

3º. Mandar que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita a la Sala interviniente para que sea agregada a los autos principales.

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

En sentido similar se resolvió en la causa 5543/07, "Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Metrovías S.A. c/Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad de Buenos Aires s/otros rec. judiciales c/res. pers. públicas no est.'", también del 14/5/2008.

XCVII

"P., R. I. Y OTROS C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Programas sociales de carácter habitacional. Derecho a una vivienda digna. Derechos humanos. Derechos sociales. Principio de progresividad. Control judicial. Gasto público. Subsidio del Estado.

SUMARIOS:

1. La pretensión de los amparistas no era abstracta *ab initio* ni lo es en el presente bajo el nuevo régimen legal, por cuanto no está controvertido que los actores y sus cuatro hijos se encuentran efectivamente en una grave situación de emergencia habitacional. *(Voto de los señores jueces José O. Casás y Ana María Conde, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

2. En el art. 3º del nuevo régimen legal establecido por el dec. 690/06 el Estado local se ha autoimpuesto dos obligaciones que consisten en otorgar un subsidio a las familias en situación de calle y orientarlas en la búsqueda de distintas estrategias para solucionar su situación de carencia habitacional, las que deben ser interpretadas en forma conjunta, pues se correlacionan y suceden con el objetivo de resolver de

manera eficiente en cada caso, la situación de desamparo que sufren los sujetos destinatarios de la asistencia. *(Voto de los señores jueces José O. Casás y Ana María Conde, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

3. Resulta armónica con el fin constitucional previsto en el art. 31 de la CCBA la interpretación según la cual el Estado no se libera de la obligación de asistencia a las familias en situación de calle, fortaleciendo el ingreso familiar, hasta que cumpla con la orientación y búsqueda de estrategias previstas en la solución a la problemática habitacional. *(Voto de los señores jueces José O. Casás y Ana María Conde, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

4. En el logro del objetivo de encontrar una solución a la situación de desamparo habitacional, el Estado no puede encontrarse en soledad, sino que requiere de la participación y compromiso de los asistidos, ya que sólo de esa forma es posible encontrar la solución que dé satisfacción a cada una de las familias que tutela. *(Voto de los señores jueces José O. Casás y Ana María Conde, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

5. La atención ha sido brindada por la Administración a los actores por haberlo ordenado un juez como medida cautelar, por lo que la incorporación de ellos en cobertura del programa asistencial recién comenzará cuando el Gobierno admita formalmente al grupo familiar dentro de las previsiones establecidas en la norma regulatoria en cumplimiento de lo que disponga la sentencia definitiva. *(Voto de los señores jueces José O. Casás y Ana María Conde, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

6. No parece prudente que, contando todavía la parte actora con la posibilidad de obtener la asistencia estatal prevista con el fin de encontrar la solución estable a su problema habitacional a partir de la tarea del organismo de aplicación, se evalúe prematuramente la suficiencia o insuficiencia del nuevo programa vigente. *(Voto de los señores jueces José O. Casás y Ana María Conde, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

7. El art. 31, inc. 1º, de la CCBA manda resolver progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

8. La discontinuidad del subsidio no es *per se* el problema, ni corresponde al poder judicial expedirse sobre la idoneidad de la política que implementan los planes sociales destinados a superar el déficit habitacional. En cambio, la pauta en función de la cual se administra el beneficio requiere y admite control a la luz de las directivas que surgen del art. 31 de la CCBA cuando vienen controvertidas por parte legitimada. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

9. Cuando el Estado adopta por acción u omisión conductas regresivas en materia de derechos humanos debe justificar por qué sus recursos no le permiten seguir atendiendo las necesidades de quienes reclaman judicialmente por la afec-

tación de un derecho constitucional básico, como es el de la vivienda digna. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

10. En la medida en que el Estado no pueda proporcionar soluciones permanentes en materia habitacional, el subsidio debe ser regla, porque la pobreza crítica es la situación de excepción que el constituyente ha optado por resolver progresivamente (art. 31.1, CCBA*). (Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

11. El derecho a una vivienda integra el plexo de los llamados 'derechos sociales' que sólo pueden ser entendidos en un horizonte de sentido orientado hacia la igualdad, lo que está muy lejos de significar que los 'derechos sociales' sean promesas o programas, que no puedan ser exigidos al Estado por individuos o grupos. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

12. Cuando el art. 2.1 del PIDESC, establece que los Estados Partes deben adoptar medidas especialmente económicas y técnicas para lograr el desarrollo progresivo de los derechos sociales, se refiere a las medidas legislativas como una de las formas privilegiadas para lograr ese objetivo, pero ello no descarta, ni la existencia de otras ni la exigibilidad inmediata de los derechos sociales aún sin medidas legislativas en vigor. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

13. El escrutinio judicial del gasto público es viable y no invade la competencia de otros poderes, cuando en un proceso en el que se impugna la lesión de derechos, la consideración de ese gasto resulta dirimente. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

14. El gasto público es una cuestión justiciable en tanto está incluido en el marco constitucional (art. 106, CCBA) y el uso de los recursos por parte del Estado ha pasado a ser un espacio sujeto al control jurisdiccional. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

15. La concepción del principio de progresividad (art. 31, CCBA) prohíbe la regresividad de los derechos sociales, que son oponibles al Estado como deber de tornarlos reales o de garantizar su goce —más allá de cumplimientos parciales— y se mantenga la situación de necesidad, y una vez atendidos esos derechos no puede existir marcha atrás sin alguna razón absolutamente justificada (p. ej.: conflagración armada, guerra civil, etc.). *(Voto en disidencia del señor juez Julio B. J. Maier).*

16. El programa, en el sentido de velar por una vivienda suficiente y digna para los habitantes, no es optativo para el gobierno y fija prioridades frente a otros programas o necesidades; pues que la Constitución establece un orden de prioridades para los gobernantes. *(Voto en disidencia del señor juez Julio B. J. Maier).*

Expte. nº 5536/06 - 21/5/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. R. I. P. y L. A. G. por derecho propio y en representación de sus cuatro hijos menores de edad C. S., A. I., M. B. y M. A., promovieron acción de amparo contra el GCBA (en adelante: GCBA) para que su grupo familiar fuera incluido en el programa de emergencia habitacional (fs. 1/11).

Manifiestan que luego de percibir el subsidio de $ 1.800.00 que les fue otorgado por intermedio de la Secretaría de Desarrollo Social, se radicaron en la Provincia de San Luis, en el año 2002, donde R. I. P. consiguió trabajo, pero una vez vencido el contrato él no le fue renovado, omisión que colocó al grupo familiar en una situación angustiante. Retornaron a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se alojaron temporalmente en el Hotel Moderno hasta el 17/11/2004, fecha en la que fueron desalojados por no poder abonar la habitación que ocupaban; actualmente se encuentran en situación de calle durmiendo en la Plaza de los Dos Congresos. A través de la Defensoría solicitaron asistencia a la Coordinación del Programa Buenos Aires Presente (B.A.P.) y a la Secretaría de Desarrollo Social, sin respuesta efectiva hasta la fecha. Finalmente, advierten que su problema habitacional se agudiza día a día.

La parte actora cuestionó el art. 6º del dec. 895/2002 —en tanto establece que los subsidios habitacionales se otorgan por única vez, por un monto máximo por familia— por considerar que la modalidad de implementación del beneficio es incongruente con los fundamentos de ese decreto, ya que al no haber mejorado la situación de las personas asistidas, éstas volverían a la "situación de calle". Planteó la inconstitucionalidad del art. 6º del dec. 895/2002 "y de toda otra norma que implique restringir el derecho a acceder a los planes de emergencia habitacional que encuentren igual fundamento" (fs. 9 vta. y 10).

Los accionantes solicitaron como medida cautelar que se los incluyera en los programas de emergencia habitacional mientras durase la tramitación de la causa.

2. La medida cautelar fue decretada favorablemente con fecha 2/12/2004 (fs. 42/43 vta.). Se ordenó a la Secretaría de Desarrollo Social del GCBA que "incluya al grupo familiar actor en un programa de emergencia habitacional".

3. La Procuración General contestó la demanda mediante el informe de fs. 69/73 y la parte actora se expresó al respecto a fs. 75/77 vta.

4. El juez de primera instancia dictó sentencia "haciendo lugar a la acción de amparo promovida por R. A. P. y L. A. G., ordenando al GCBA que mantenga al grupo familiar de los accionantes, en tanto perdure su situación de pobreza crítica, en algún programa de emergencia habitacional que contemple su condición de grupo familiar" (fs. 116/117 vta.).

5. La sentencia fue apelada por la demandada (fs. 129/135) y por el Ministerio Público Fiscal (fs. 124/126 vta.) y sostenida por la Fiscal de Cámara en tanto considera que el planteo de inconstitucionalidad del art. 6º del dec. 895/02 formulado

por los actores ha devenido abstracto en virtud de la nueva normativa dictada por la demandada (fs. 151).

6. La Sala I de la Cámara rechazó el recurso (fs. 162/164). En los fundamentos señaló respecto de los actores que "continúan en estado de indigencia, sin trabajo estable ni perspectivas inmediatas de conseguirlo, y sin posibilidades de obtener una vivienda" (cita precedentes en los que estableció que "más allá del vencimiento de los plazos previstos, la Ciudad no podía suspender dicha cobertura si no se hallaba demostrado el cumplimiento de los objetivos de los programas"). Además, se expresa que, a pesar del agotamiento de las prestaciones del dec. 895/02, la continuidad de la situación de vulnerabilidad de los actores obliga al Estado local a continuar con su asistencia mediante el cauce que considere adecuado, sin que corresponda a los jueces definir el modo en que la atención será brindada. Por ello consideró "inoficioso expedirse sobre la pretendida inconstitucionalidad del art. 6º del dec. 895/02, pues como queda dicho, el deber del Estado local de asistir a los actores puede canalizarse por medio de cualquier otro plan idóneo".

7. El Gobierno de la Ciudad interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 168/177) con base, entre otros, en los siguientes agravios:

a) la acción era abstracta desde su comienzo;

b) de los arts. 31, CCBA y 14 bis, C.N., no nace un derecho exigible a continuar siendo asistidos por el Estado cuando se agotan las prestaciones fijadas en la normativa vigente;

c) los arts. 31, CCBA y 14 bis, C.N., no permiten afirmar que las personas tienen derecho *sine die* a disfrutar de subsidios otorgados con carácter excepcional;

d) la decisión desconoce que el Poder Legislativo determina en la ley de presupuesto los recursos de los que la Administración puede disponer y los jueces, con sus sentencias, impactan indirectamente en el nivel de tributación;

e) la exigencia de progresividad establecida en el PIDESC impide la adopción de medidas generales deliberadamente regresivas, lo que no puede predicarse del programa establecido por el dec. 895/02; ni puede considerarse de tal manera el cese de la prestación estatal una vez que los beneficiarios percibieron el monto total del subsidio establecido. La interpretación dada por la sentencia al Pacto desvirtúa el sentido de las obligaciones que surgen de él para los estados parte e interpreta erróneamente las normas involucradas en la causa.

La parte actora contestó el recurso y solicitó su rechazo (fs. 182/206 vta.).

La Sala concedió parcialmente el recurso (fs. 215).

8. Recibidas las actuaciones por el Tribunal, el señor juez de trámite citó a las partes a una audiencia, en atención a la vigencia de una nueva normativa (dec. 690/06) que derogó y sustituyó el régimen tenido en cuenta durante la tramitación del amparo (fs. 229). Recibida la audiencia (fs. 234), se requirió el dictamen al Mi-

nisterio Público. La señora Asesora General Tutelar, al contestar la vista conferida, sostuvo que debía desestimarse el planteo de la recurrente (fs. 236/243). El señor Fiscal General Adjunto consideró que debía hacerse lugar al recurso de inconstitucionalidad planteado por el GCBA, revocar la sentencia y declarar inadmisible el amparo (fs. 246/254 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Ya tuve ocasión de expedirme sobre una situación análoga a la planteada en este caso en las causas "Toloza, Estela Carmen c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 4568/06, sent. del 9/8/2006; "Benítez, Araceli c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 5042/06, sent. del 29/8/2007; "Franco, Edgardo Rodolfo c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 5125/06, sent. del 14/9/2007; por la que reitero los argumentos esenciales expresados para resolver asuntos de esta índole:

1. Se trata aquí de un recurso de inconstitucionalidad, en principio bien concedido por la Cámara al recurrente —el GCBA, demandado—. En su centro se halla la cuestión constitucional acerca de la definición del *derecho a una vivienda digna* (CCBA, 31) y su comparación con la normas locales tendentes a alcanzar ese ideal, más su aplicación a un caso concreto —los señores R. I. P. y L. A. G., su familia y su situación—, cuestión que ha sido debatida desde un principio por los protagonistas del litigio.

2. El problema no se presenta por la obligación ya cumplida, conforme a la legislación vigente, cumplimiento que reconocen ambas partes principales del litigio —la demanda desde un comienzo—, sino, antes bien, representa la discusión acerca de cuál sería la solución una vez cumplido ese programa, si subsiste la situación de origen a la cual él atendía. Esta situación se extendería a la aplicación de las reglas dispuestas por el dec. 690/06.

Sobre este particular, el recurso del GCBA ataca a la sentencia por escasez o falta de fundamentos y por fundamentos contradictorios, o, más claramente, por arribar a una solución distinta, conforme con una interpretación diferente del derecho en cuestión. Tal tacha, sin embargo, sólo representa la discrepancia de la demandada con los fundamentos esgrimidos por la sentencia para arribar a la solución que impone, con base en la interpretación del derecho aplicable (dec. 895/02).

Sin embargo, desde este punto de vista la sentencia definitiva de la Cámara es intachable. Ella utiliza fluidamente sus mecanismos epistemológicos para averiguar aquello que considera *derecho a la vivienda digna* en nuestra Constitución y en los pactos internacionales, los principios que rigen esa interpretación y que desembocan en la confirmación de la obligación impuesta al GCBA en relación a los actores.

Va de suyo que ni la Cámara, ni el recurso de la demandada, ni ahora tampoco los actores pretenden tacha de inconstitucionalidad alguna del programa ya vencido,

el establecido por el decreto del Poder Ejecutivo 895/02, programa que, también según todos los protagonistas del litigio, se ha cumplido y ha fenecido para los amparistas. No se trata así —o, al menos, no se trata ya— de la interpretación de una regla infraconstitucional ni del cuestionamiento fáctico sobre su cumplimiento.

3. Empero, al poner en crisis, al menos parcialmente, la interpretación de una regla constitucional, básicamente la del art. 31, CCBA, y la imposición por ella de ciertos deberes de acción al Estado local, estimo que, en general, se justifica ingresar al recurso y tratar sus presupuestos. Aunque yo no sea partidario de la vía elegida, el amparo, para tratar determinados problemas, lo cierto es que aquí no corresponde cuestionar el caso desde ese punto de vista por varias razones: en primer lugar juega el hecho de que así se ha ya consolidado la causa, vía por todos aceptada; en segundo lugar, porque nuestra Constitución local, para mal o para bien, concibe al amparo como un modo extendido de litigio (ilegitimidad común); y, en tercer lugar, es de considerar que aquí se trató del desarrollo concreto de un derecho constitucional concedido directamente por la ley fundamental, que no operaba normalmente al tiempo de la demanda y existía urgencia en lograr que él se realizara cabalmente, todos aspectos que ya la demanda pone en juego, por fracaso, incluso, de otras instancias u opciones.

El núcleo fuerte de la desavenencia epistemológica respecto de la cláusula constitucional citada está claramente constituido por la concepción del *principio de progresividad*, fijado, incluso, por obligaciones internacionales, y su derivado, en tanto prohíbe la *regresividad*. Mientras la sentencia interpreta que estos derechos (sociales) son oponibles al Estado como deber de tornarlos reales o de garantizar su goce —más allá de cumplimientos parciales— y se mantenga la situación de necesidad, una vez atendidos esos derechos no puede existir marcha atrás sin alguna razón absolutamente justificada (p. ej., conflagración armada, guerra civil, etc.). La demandada y recurrente estima que ellos sólo significan líneas de políticas sociales sugeridas por la Constitución —de allí su cumplimiento por el dec. 895/02—, condicionadas a la voluntad de los órganos que establecen esas políticas y, por tanto, variables temporalmente, en el sentido de su cumplimiento o incumplimiento por desplazamiento de otros fines ponderados más relevantemente por el gobierno. Al menos debería coincidirse en que, el *programa*, en el sentido de velar por una vivienda suficiente y digna para los habitantes, no es optativo para el gobierno y fija prioridades frente a otros programas o necesidades: se trata, cuando menos, de que la Constitución fija ya un orden de prioridades para los gobernantes. Pues el fracaso de toda la argumentación epistemológica del recurrente respecto de este punto central y de la imposibilidad de regreso finca, precisamente, en que él no identifica o individualiza los fines políticos prioritarios que atiende el gobierno y cuya atención le impide el cumplimiento del deber involucrado en el caso.

4. El recurrente se queja porque la elección de políticas sociales y su ponderación para privilegiar unas y relegar otras no le corresponde al Poder Judicial, a los jueces, sino a los órganos respectivamente competentes. De otra manera, los

jueces traspasan toda frontera entre los poderes del Estado, judicializan la política y, con ello, desequilibran el sistema republicano.

Frente a este argumento nada debería decir, pues, como ya lo expresé, el recurrente no ha señalado cuál interés o política es preponderante para el gobierno frente al *derecho de obtener una vivienda digna*, aquí invocado por los amparistas y fijado por la Constitución. Mucho menos ha verificado que el cumplimiento de uno anule la posibilidad de cumplir con el otro. Sin embargo, estimo que unas pocas líneas defienden correctamente la sentencia de la Cámara, que, mediante ella, no ha pretendido fijarle al gobierno políticas a seguir, mucho menos discrecionalmente; sólo le ha recordado al gobierno la necesidad de cumplir, en el caso, con un deber constitucional frente a una persona que juzga necesitada de obtener ese derecho.

En consecuencia, voto por rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto. Costas a la vencida.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

La cuestión debatida en autos es sustancialmente similar a la que fuera resuelta por el Tribunal en la causa "G., C. c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 5032, sent. del 5/3/2008.

Por razones de brevedad, me remito a los fundamentos que expusiera al emitir mi voto en el precedente indicado, puntos 1, 2, 3 y 4.

Por ello, voto por rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA a fs. 168/177 y, en consecuencia, por dejar firme la sentencia de la Sala I de la Cámara CAyT que rechazó los recursos de apelación interpuestos y confirmó la decisión de primera instancia que admitió el amparo, con costas a la vencida.

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

1. Con posterioridad a la interposición del recurso de inconstitucionalidad por parte del GCBA, el Poder Ejecutivo de la Ciudad de Buenos Aires dictó el dec. 690-GCBA/06 (*BOCBA* nº 2463 del 21/6/2006). El art. 1º del decreto citado deroga expresamente el dec. 895/02, sus normas reglamentarias y complementarias, y crea el Programa de Atención para Familias en Situación de Calle con el fin de adecuar y mejorar la atención de las familias en estado desamparo habitacional (conf. considerandos, dec. 690-GCBA/06).

Conforme a la regla según la cual las sentencias en los juicios de amparo deben ceñirse a la situación fáctica y jurídica existente a la fecha en que se dictan, teniendo en cuenta no sólo los factores iniciales sino también los sobrevinientes (doctrina de *Fallos,* 300:844; 308:1489; 310:1927, entre muchos otros), resulta evidente que la pretensión objeto de esta acción judicial —orientada a lograr que el GCBA preste asistencia habitacional a los actores y su grupo familiar—, no se rige hoy día por el dec. 895/02, sino por el referido dec. 690/06, ya que este último programa es el vigente en la materia y el inmediato sucesor de aquel por el que se accionó judicialmente y del que oportunamente resultaron beneficiarios los actores.

2. Así entonces, corresponde examinar los agravios expuestos por el Gobierno al momento de interponer el recurso de inconstitucionalidad que mantienen

utilidad desde el punto de vista de la decisión que se pretende de este Tribunal, de cara a lo decidido por la Cámara a fs. 162/164 y a esta nueva realidad existente en el plano jurídico. En este contexto, subsisten y deben ser decididos los planteos referidos a:

1) el carácter abstracto de la pretensión, a partir a las exigencias del art. 14, CCBA; y

2) la interpretación de las disposiciones constitucionales nacionales y locales y del PIDESC —cuya jerarquía superior fue establecida por las cartas constitucionales de la Nación y de la Ciudad de Buenos Aires (arts. 75, incs. 22 y 31, respectivamente) que garantizan el derecho a la vivienda digna.

3. Con respecto al agravio esgrimido por la Procuración General de la Ciudad en torno al alegado carácter abstracto de la demanda, entendemos que corresponde rechazarlo. Ello así, pues sobre este punto sólo cabe recordar que los actores y sus hijos, antes del dictado de la medida cautelar, no se encontraban ya a cubierto de la asistencia estatal. Fue precisamente por la orden del *a quo* que se le restableció la ayuda económica para afrontar el pago de los alquileres.

De tal manera, la pretensión no era abstracta *ab initio* ni lo es ahora, por cuanto en la actualidad no está controvertido que los amparistas y sus cuatro hijos se encuentran efectivamente en una grave situación de emergencia habitacional (conf. acta de la audiencia celebrada ante el TSJBA obrante a fs. 234).

4. Distinta es la suerte de la impugnación del GCBA relativa a la interpretación efectuada por la Cámara sobre las disposiciones constitucionales nacionales y locales y del PIDESC referidas al derecho a la vivienda.

En lo que aquí interesa, la sentencia de la Cámara dejó en pie la decisión de primera instancia que había ordenado al GCBA que "mantenga al grupo familiar de los accionantes, en tanto perdure su situación de pobreza crítica, en algún programa de emergencia habitacional que contemple su condición de grupo familiar", estableciendo así en cabeza de la demandada una obligación *sine die* a la prestación de asistencia. En particular, reprochó por insuficiente la asistencia prevista por el GCBA en el programa establecido por el dec. 895/02 en tanto, con el agotamiento de las prestaciones otorgadas, devolvía a los beneficiarios a la situación de emergencia habitacional, vulnerando la cláusula de progresividad vigente en materia de derechos humanos.

Ahora bien, el régimen instituido por el dec. 690/06 crea el Programa de Atención para Familias en Situación de Calle, cuya autoridad de aplicación es la Dirección General de Fortalecimiento Familiar y Socio-Comunitaria, dependiente del Ministerio de Derechos Humanos y Sociales del GCBA.

Según enuncia el citado decreto en su art. 3º, "(e)l Programa tiene como objeto el otorgamiento de subsidios a fin de brindar asistencia a las familias en situación de calle, fortaleciendo el ingreso familiar, exclusivamente con fines habitacionales y la orientación de aquéllas en la búsqueda de distintas estrategias de solución a su

problemática habitacional". De la lectura del artículo se desprende que bajo esta nueva regulación el Estado local se ha autoimpuesto dos obligaciones: *1)* otorgar un subsidio monetario para afrontar el pago de alojamiento, y *2)* orientar a las familias en la búsqueda de estrategias de solución a su problema habitacional.

El art. 5º de la nueva reglamentación prevé, al igual que lo hacía el dec. 895/02, un sistema de subsidios para brindar asistencia a las familias en situación de calle, sujeto a ciertos y determinados requisitos que los solicitantes deben cumplimentar para acceder y que se detallan en los artículos subsiguientes. Expresa el mencionado artículo: "El subsidio creado consiste en la entrega, de un monto de hasta pesos dos mil setecientos ($ 2.700), el que puede ser otorgado en seis (6) cuotas iguales y consecutivas de hasta pesos cuatrocientos cincuenta ($ 450) cada una, pudiendo la autoridad de aplicación ampliar el presente subsidio inclusive en una suma adicional de pesos mil ochocientos ($ 1.800), pagadera en hasta cuatro (4) cuotas iguales y consecutivas de pesos cuatrocientos cincuenta ($ 450) cada una, en los casos particulares que, a criterio de aquélla, ameriten la mencionada extensión, en orden a la persistencia de la situación que en su momento, motivara la entrega del beneficio". De tal manera, y aunque con diferente redacción, el art. 5º vigente establece, al igual que el art. 6º derogado, un límite cuantitativo al subsidio estatal: $ 2.700 (dividido en 6 cuotas) + $ 1.800 (dividido en 4 cuotas). Y aunque las razones de la posibilidad de extensión residen en "la persistencia de la situación que en su momento, motivara la entrega del beneficio", es claro que al vencimiento de las cuotas adicionales nada se prevé.

Sin embargo, según la regulación vigente, la Administración, además de atender monetariamente a los inscriptos en el Programa por un determinado lapso de tiempo, asume el *compromiso de orientar a los beneficiarios de tales subsidios en la búsqueda de estrategias superadoras de su situación de carencia habitacional.*

Como ya lo expresáramos en oportunidad de resolver la causa "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'B., M. y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 4757/06, sent. del 25/4/2007, el texto del art. 3º es suficientemente explícito en cuanto a que ambas obligaciones deben ser interpretadas en forma conjunta. No basta, según la ley vigente, con la asistencia a través del subsidio, sino que la Administración está obligada a hacer *algo más*. En efecto, las obligaciones mencionadas se correlacionan y suceden con el objetivo de hallar la solución, en cada caso particular, para resolver de manera eficiente la situación de desamparo habitacional. De tal modo, el Estado no se libera de la obligación de asistencia hasta que cumpla con la orientación y búsqueda de estrategias prevista en la segunda parte del art. 3º.

Esta interpretación —que liga ambas acciones debidas por el Estado a un resultado positivo— resulta armónica con la realización del fin constitucional previsto en el art. 31 de la CCBA. En primer lugar, porque se tiene en cuenta la mayor amplitud del compromiso, en los términos del dec. 690/06, destinado a encontrar una solución en materia de tutela social y, además, porque claramente encuentra fundamento en la realidad socio-económica actual, diferente a la de años anteriores.

A la fecha, atenuada la gravísima crisis económica suscitada a partir del año 2001 durante la cual, frente a la falta de demanda de empleo, sólo se pudo atemperar la situación de precariedad en materia de vivienda mediante subsidios, alojamiento en hoteles o en albergues públicos, el Gobierno ha asumido la tarea de colaborar y guiar a quienes se encuentran en esta situación para solucionar el problema habitacional. Corresponde a los poderes políticos estructurar las políticas y planes para dar satisfacción a la segunda parte de lo dispuesto en el régimen tutelar previsto en el dec. 690/06.

Debe señalarse, empero, que en el logro de este objetivo, el Estado no puede encontrarse en soledad, sino que requiere de la participación y compromiso de los asistidos, ya que sólo de esa forma es posible encontrar la solución que dé satisfacción a cada una de las familias que tutela. En efecto, ni la estrategia a seguir, ni las posibilidades de superación de la situación serán iguales para cada familia del Programa, ni puede imponerse al Gobierno que implemente, en cada caso, la solución "a medida" que requiere cada grupo familiar.

Por otra parte, el éxito de este tipo de programas también reside en la renovación de beneficiarios para así poder atender a la mayor cantidad de personas que pudieran requerir la ayuda estatal.

5. El diseño del nuevo plan de asistencia habitacional para familias en situación de calle y las particularidades que lo distinguen, en cuanto a las obligaciones que el Gobierno de la Ciudad asume con respecto a los beneficiarios, determinan que los reparos constitucionales efectuados al dec. 895/02 —ya derogado— en cuanto al límite de cuotas y recursos que previstos en él, deben ser abordados —al momento de este pronunciamiento y en el actual estado de cosas— a partir de una interpretación sistemática del dec. 690/06.

Ahora bien, cabe advertir que de las constancias de la causa no surge que los actores y su grupo familiar hayan sido incorporados administrativamente como beneficiarios del Programa pues la atención brindada por la Administración ha sido prestada por haberlo ordenado un juez como medida cautelar. En suma, la incorporación de los actores al citado plan recién comenzará cuando el Gobierno admita formalmente al grupo familiar de los actores dentro de las previsiones establecidas en la norma regulatoria por cuanto así lo ordene esta sentencia en forma definitiva.

Así entonces, la suficiencia o insuficiencia del nuevo programa para paliar el riesgo que los actores se encuentren sin recursos para afrontar el pago del alquiler de su vivienda al vencimiento de las 10 cuotas que establece el art. 5º del dec. 690/06, sólo será pasible de valoración ante la inminencia de su vencimiento. Será en ese momento cuando podrá conocerse: *a)* si los actores y su grupo familiar continúan con la necesidad de asistencia estatal para la satisfacción del derecho a una vivienda digna, *b)* si el Gobierno ha cumplido en brindar la orientación sobre las posibles estrategias para superar la situación y cuál ha sido la actitud asumida por los beneficiarios del Programa y *c)* si el régimen normativo actualmente vigente se mantiene o si ha sido modificado.

En suma, no parece prudente que, contando todavía la parte actora con la posibilidad de obtener la asistencia estatal prevista con el fin de encontrar la solución estable a su problema a partir de la tarea del organismo de aplicación, se evalúe prematuramente la suficiencia o insuficiencia del nuevo programa vigente.

6. Por las consideraciones expuestas, corresponde:

a) hacer lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad deducido por el GCBA y;

b) confirmar las sentencias anteriores en cuanto ordenan al GCBA que brinde una adecuada cobertura de la emergencia habitacional a los actores y su grupo familiar en el marco de los programas de emergencia habitacional, regulados actualmente por el dec. 690-GCBA/06; y

c) imponer las costas del recurso de inconstitucionalidad en el orden causado (art. 14, CCBA).

Así lo votamos.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Adhiero al voto de mis colegas, la doctora Ana María Conde y el doctor José O. Casás. Las características del grupo familiar que reclama la asistencia, la medida cautelar vigente a favor de los actores, y el hecho de que luego de dictada la sentencia del *a quo* el dec. 690/06 reemplazó al 895/02 evidencian la sustancial analogía entre la cuestión de autos, y la resuelta *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'B.M. y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 4757/06, sent. del 25/4/2007.

2. En su demanda, los actores requirieron que "se haga lugar a la acción de amparo, ordenándose al GCBA que *nos incorpore a los programas de emergencia habitacional*" (sin itálica en el original). A su turno, la sentencia confirmada por la Cámara ordenó al GCBA que "mantenga al grupo familiar de los accionantes, *en tanto perdure su situación de pobreza crítica*, en algún programa de emergencia habitacional que contemple su condición de grupo familiar" (sin itálica en el original). Y, el demandado en su recurso, negó que asista a los accionantes el derecho a percibir el beneficio solicitado más allá de la previsión temporal establecida en el dec. 895/02.

Como sostuve en el precedente antes citado, las características de la pretensión articulada en autos y de la sentencia que, en lo que ahora importa, acordó *ex nunc* el derecho reclamado, impone analizar la normativa que establece, en la actualidad, las condiciones de acceso y alcance del programa habitacional vigente (v. gr. dec. 690/06). En este sentido, tal como afirman mis colegas jueces Casás y Conde, carece de interés expedirse en relación con el régimen del dec. 895/02. Lo contrario supondría desconocer la regla según la cual nadie tiene derecho adquirido al mantenimiento de las normas. La procedencia de la referida pretensión viene rechazada por el recurrente pues, según sostiene, luego de haber otorgado los beneficios del dec. 895/02 no existe obligación pendiente a su cargo.

3. En su recurso, el GCBA sostiene que "ni del art. 31 de la CCBA ni del art. 14 bis de la C.N. nace un derecho individual exigible a continuar siendo asistido por el Estado cuando se agotan las prestaciones, fijadas en la normativa vigente, en el sentido interpretado por el Tribunal" (fs. 171). Objeta, asimismo, el alcance asignado a los arts. 31 de la CCBA y 14 bis de la C.N. porque, a su criterio, esas cláusulas "establecen principios y programas y reconocen expresamente que ellos deben implementarse progresivamente" (fs. 171).

La polémica acerca de la operatividad de normas, en lo que ahora importa, del art. 31 de la CCBA, es de larga data. Aun cuando alguna doctrina parece arrimar a la idea de que existe algún obstáculo lógico para incorporar normas con contenido operativo a una constitución, no veo que objeción de esta especie haya tenido expresión sólida. No es difícil concebir una norma que imponga al Estado una prestación de dar, más aun, no se discute que esto es posible a nivel legislativo. No sería inconcebible, entonces, la incorporación de aquel mandato a un cuerpo de reglas no susceptible de modificación por órganos permanentes del sistema de gobierno. Tampoco parece dudoso que este tipo de compromiso del pueblo que se da su constitución, hacia algunos de sus componentes, o aun hacia quienes permanecen extranjeros a él, tiene consecuencias sistémicas. Consecuencias que no pueden ser soslayadas por la fuerte carga emotiva que frecuentemente contiene el lenguaje constitucional, propio de la alta función a la que está destinada una Carta Magna, y del elevado contenido ético que la inspira. La vehemencia de una cláusula constitucional no permite ignorar que su significado debe determinarse en armonía con las partes restantes de la constitución, porque ninguna disposición puede ser considerada aisladamente y siempre debe preferirse la interpretación que armonice los artículos de un cuerpo normativo y no la que los coloque en pugna.

Los compromisos de brindar prestaciones dirigidas a aliviar carencias suponen inexorablemente afectación de recursos. Esos recursos pueden surgir en un primer momento de quienes han resuelto darse la constitución, pero, a poco andar, provendrán de quienes no participaron en su emisión, aunque sí, por medio de sus representantes, en los procesos legislativos que dan origen legítimo a los impuestos que, a su turno, posibilitan las prestaciones referidas.[21] Un sistema en el que la decisión de contribuir fuera adoptada por el pueblo en un momento inicial, pero, no mantenida a medida que transcurre el tiempo no cumpliría con el principio según el cual no puede haber impuesto sin consentimiento prestado por los representantes de la voluntad general rousseauniana. En otras palabras, sería incompatible con el principio de la soberanía del pueblo, que la CCBA está obligada a observar, más allá de las convicciones de su pueblo, a todas luces democráticas, por imperio de los arts. 5º y 33 de la C.N. Incorporar mandatos a los textos constitucionales no implica borrar los mecanismos previstos para afectar recursos en el marco de un

[21] Esto es así, a menos que imaginemos una ayuda solidaria solventada con recursos ya acumulados al tiempo en que la Constitución es sancionada.

presupuesto que propone cómo atender el interés público, conforme a las necesidades existentes, para que sea aprobado por el legislador en su carácter de órgano representativo.

Ello pone al intérprete en el deber de formular soluciones que armonicen solidaridad y democracia, cuyas direcciones no siempre coinciden. No es ocioso recordar que nuestros sistemas tributarios, tanto el nacional como el de la Ciudad, tienen características regresivas que suponen difundir las cargas de que hablamos entre personas no necesariamente mucho mejor colocadas en cuanto a la satisfacción de sus necesidades. De ahí que aumentarlas constituya una grave responsabilidad, en términos prácticos.

Una segunda característica de la incorporación de esta especie de derechos en una constitución es que no es habitual —aunque tampoco imposible— formularlos de modo que, junto con el deber de brindarles tutela, los jueces recibamos reglas o estándares para controlar que su efectiva consagración, que necesariamente involucra alguna distribución de recursos escasos, no sea fruto de una decisión política que aleje la función desarrollada de la que tradicionalmente concebimos como judicial.[22] En otras palabras, que el parámetro constitucional le dé al juez una herramienta apta para revisar el criterio de distribución de los recursos asignados, como en el caso a vivienda, sin desnaturalizar la función judicial para convertirla en política. Con ello, o si se prefiere sin ahuyentar ese peligro, nuevamente, podríamos estar alejándonos del mandato del art. 33 de la C.N., no ya por la vía de afectar los recursos sino por la de decidir cómo afectarlos. En este terreno, la cuestión es bastante más difícil de decidir, porque el margen de intervención judicial resultaría, como principio, antes bien de la omisión legislativa de fijar patrones, que de la voluntad judicial de apropiarse de la potestad de crearlos en vez de extraerlos de las normas.

No intento agotar el asunto porque no es indispensable definirlo para resolver el *sub lite,* aunque sí advertir que no es de solución simple. Los planes habitacionales bajo análisis, suministran pautas que los jueces podemos controlar para arribar a una decisión como la solicitada en autos.

4. El art. 31, inc. 1º, de la CCBA manda: "[resolver] progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos".

Este texto brinda pautas a las que deben acomodarse los órganos políticos. Por una parte, prioriza la necesidad habitacional por sobre otras. A su turno, prevé que las soluciones que ponga progresivamente en marcha el estado local deben privilegiar el acceso de las personas según pautas que indica inequívocamente, si

[22] El tema de los estándares susceptibles de ser descubiertos y aplicados con técnicas judiciales fue tratado en el precedente "Baker v. Carr" (369 U.S. 186, 217), cuya doctrina quedo recogida por la CSJN a partir del fallo "Zaratiegui, Horacio c/Estado nacional (Ministerio de Defensa) s/nulidad de decreto" (*Fallos,* 311:1191).

bien librando ciertos ajustes a decisión de los poderes políticos encargados de dar carnadura al mandato.

Por su parte, para ejecutar ese mandato constitucional la Administración, asumiendo la interpretación que le corresponde formular para concretar la competencia a su cargo, estableció las prioridades ponderables para asignar el subsidio habitacional. El dec. 690/06 prevé:

> *Art. 7º.* "Para la determinación del monto a otorgar, la autoridad de aplicación debe tener en cuenta las siguientes condiciones:
> *a)* composición de la familia, considerando en especial los casos de familias monoparentales a cargo de la mujer,
> *b)* situación de empleo de los miembros del grupo familiar,
> *c)* que el grupo familiar se encuentre compuesto por personas con capacidades especiales, menores en edad escolar, o personas con enfermedades prolongadas y/o graves, mujeres en período de gestación,
> *d)* ingresos per cápita,
> *e)* cantidad de miembros que componen el grupo familiar,
> *f)* si se trata de un grupo familiar en situación de riesgo".

A la luz de estas pautas debemos examinar la cuestión que propone la recurrente. Vale comenzar por preguntarnos cómo medir las necesidades a fin de efectuar la ponderación que manda la norma. Parece una verdad de Perogrullo que las necesidades deben ser medidas en cada oportunidad o, para decirlo de otro modo, cuando existen. No cabe comparar la necesidad del sujeto A en el momento t1 con la del sujeto B en el momento t2. Debemos, en cambio, medir la de A y B en el momento t que corresponda a la prestación que el estado ejecute. Desde ese ángulo, aunque quepa quizás afirmar que las necesidades de A, que percibió la totalidad del monto estipulado por el dec. 690/06 en las cuotas previstas, puedan ser presumidas iguales o menores que las de B, cuyas condiciones personales suponemos iguales al solo fin del ejemplo. Empero, profundizando el análisis, puede verse que las necesidades de un grupo familiar C con niños, que ha cobrado y gastado la suma considerada son, a la luz de criterios objetivos recogidos en la CCBA y en tratados internacionales (v. gr. arts. 3º, 4º, 5º y 6º de la Convención sobre los Derechos del Niño), mayores que las del individuo solo, suponiendo iguales las restantes circunstancias. Es que haber recibido una ayuda en el pasado no resuelve el problema del presente, especialmente cuando la ayuda no está destinada a terminar el problema sino, a lo sumo, a paliar momentáneamente sus efectos. En tales condiciones, una regla que prioriza al solitario A por sobre el grupo C porque ya ha consumido el subsidio quiebra las pautas que la CCBA prevé para el programa que propicia.

La discontinuidad del subsidio no es *per se* el problema, ni corresponde al poder judicial expedirse sobre la idoneidad de la política que implementan los planes sociales destinados a superar el déficit habitacional. En cambio, la pauta en función de la cual se administra el beneficio requiere y admite control a la luz de las directivas que surgen del transcripto art. 31 de la CCBA cuando vienen controvertidas por parte legitimada. Las constancias de autos acreditan que la Administración, por un

lado, no otorga la extensión del subsidio a la parte actora —en el caso, una familia biparental, con cuatro hijos menores— aunque el plan social en el que el beneficio se inscribe subsista con similares características (v. gr. dec. 690/06) y, por otro, ello ocurre sin que quede demostrado que los nuevos beneficiarios del programa ostentan una situación de mayor vulnerabilidad que la de los accionantes (v. gr. en nuestro ejemplo acceso al programa de A con desplazamiento de C). Mientras que el egreso del programa evaluado a la luz de los parámetros previstos por el art. 31 de la CCBA y su reglamentación, asegura que los recursos presupuestarios asignados a solucionar progresivamente el problema habitacional, necesariamente finitos, resultan congruentes con una distribución que atiende el nivel de exposición del beneficiario, aplicar el decreto de modo automático y sin otra prioridad que, por ejemplo, el orden de llegada al registro de beneficiarios vulnera pautas mínimas de razonabilidad. Es deber de la autoridad de aplicación mostrar que la discontinuidad del beneficio recibido por la familia aquí demandante no queda decidida a favor del ingreso de, por ejemplo, un adulto soltero sin necesidades especiales o, en general, de alguien en mejor posición que los accionantes. En tal contexto, entonces, era deber de la Administración aplicar a los actores la prioridad de acceso al beneficio de un modo que conjugue las previsiones del dec. 690/06 (v. gr. arts. 3º, 5º, 7º y concs.), las directivas del art. 31 de la CCBA y las disposiciones de tratados internacionales como las ya citadas.

5. Aquella reglamentación que en ocasión de ser aplicada desatienda la pauta enunciada, vulnera un mandato constitucional (art. 31, CCBA). Este es el fundamento por el que corresponde rechazar los agravios del recurrente orientados a demostrar que, tal como esa parte lo califica, el amparo impetrado es abstracto porque el GCBA brindó a los accionantes los beneficios del dec. 895/02 con el alcance previsto en el art. 6º de esa norma (análogo al art. 5º del dec. 690/06). La defensa de la parte demandada no supera el estándar expuesto en el punto precedente y, en consecuencia, debe ser rechazada.

Todo lo dicho es suficiente para resolver el recurso del GCBA sin que sea necesario expedirse sobre los restantes planteos formulados por la recurrente. En consecuencia, voto por hacer lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad y confirmar la sentencia de Cámara (fs. 162/164) —que, a su vez, confirma la de primera instancia— en cuanto ordena al GCBA "que mantenga al grupo familiar de los accionantes, en tanto perdure su situación de pobreza crítica, en algún programa de emergencia habitacional que contemple su condición de grupo familiar", en la actualidad el dec. 690-GCBA/06 e imponer las costas del recurso de inconstitucionalidad en el orden causado (art. 14, CCBA).

Por ello, emitido el dictamen del Fiscal General Adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Hacer lugar parcialmente* al recurso de inconstitucionalidad deducido por el GCBA; y *confirmar* las sentencias anteriores en cuanto ordenan al Gobierno de la Ciudad autónoma de Buenos Aires que brinde una adecuada cobertura de la

emergencia habitacional a la actora y su grupo familiar en el marco de los programas de emergencia habitacional, regulados actualmente por el dec. 690-GCBA/06.

2º. *Imponer* las costas del recurso de inconstitucionalidad en el orden causado.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

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

XCVIII

"ITURRASPE, BERNARDO PASCUAL C/GCBA (DIRECCIÓN GENERAL TÉCNICA ADMINISTRATIVA Y LEGAL, SECRETARÍA GENERAL) S/IMPUGNACIÓN ACTOS ADMINISTRATIVOS S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Cuestiones procesales, de hecho y prueba. Empleo público. Cese de la Justicia Municipal de Faltas. Estabilidad del empleado público. Reincorporación a la Administración pública. Indemnización. Principio de congruencia.

SUMARIOS:

1. La garantía de estabilidad del empleado público expresada en el art. 14 bis, C.N. no implica un derecho absoluto del agente despedido a ser reincorporado cuando resulta desvinculado sin que exista una causa que le sea imputable. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

2. El art. 14 bis, C.N. asegura el derecho a obtener una indemnización equitativa en caso de producirse el despido del agente, así como también que el acto administrativo que lo dispone sea plenamente legítimo, en cuanto a su legalidad como especialmente en la razonabilidad del motivo que lo origina (reestructuración, desaparición del cargo, etc.), conciliando así adecuadamente el derecho del trabajador a no ser desvinculado de manera abusiva con la prerrogativa estatal referida a la implementación de las diversas políticas públicas. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

3. Las modificaciones trascendentales ocurridas en el ordenamiento institucional de la Ciudad de Buenos Aires no pueden ser desconocidas e inciden en la viabilidad de la pretensión recursiva del actor, pues en la actualidad no existe el cargo que desempeñaba —Fiscal del Ministerio Público dependiente del Departamento Ejecutivo de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires—, ni tampoco el ámbito en el cual desempeñaba tareas —la antigua Justicia Municipal de Faltas—. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

4. Al haber sido suprimido el cargo y el organismo en el cual desempeñaba tareas el actor, es imposible jurídica y fácticamente reincorporarlo al mismo, y mucho menos designarlo como Fiscal de la Justicia local, porque ello implicaría eludir toda la normativa legal y constitucional que exige, entre otras cosas, la realización de un concurso público de antecedentes y oposición, la propuesta del Consejo de la Magistratura y la designación mediante el voto de la mayoría absoluta de la Legislatura. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

5. En el recurso de inconstitucionalidad, el accionante modifica la pretensión original solicitando la reincorporación en el cargo y función similar al que por idoneidad y características profesionales correspondían al que tuviera el agente antes de ser cesanteado y teniendo en cuenta que la remuneración deberá ser la misma que detentaba en aquél momento, petición que resulta una reflexión tardía, que procura cambiar el objeto del proceso en forma claramente extemporánea. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

6. La decisión de la Cámara de conceder una indemnización y rechazar el pedido de reincorporación es razonable, ajustada a derecho y respetuosa del derecho al debido proceso y el principio procesal de congruencia, que obliga a los jueces a fallar sobre las pretensiones y defensas interpuestas por las partes en sus escritos constitutivos, y no en reflexiones tardías. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

7. La circunstancia de que el recurrente originalmente haya solicitado la reincorporación al cargo de Fiscal del Ministerio Público Nº 1 de la Municipalidad de Buenos Aires, mientras que en el recurso de inconstitucionalidad pidió ser reincorporado a un cargo y función similares en idoneidad y características profesionales a los que tuviera antes de ser cesanteado, resta fundabilidad al recurso de inconstitucionalidad interpuesto, ya que el tratamiento de esta nueva pretensión importaría la violación del principio de congruencia, del derecho de defensa en juicio de la contraparte y de la competencia del Tribunal al que se somete una cuestión constitucional que remite a un objeto diferente del que fuera considerado en las instancias anteriores. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

8. El recurrente no muestra que los jueces de mérito hayan excedido en el ejercicio de su función el marco que les acuerdan la CCBA y la ley, y la solución del agravio planteado no pone en juego la interpretación del art. 14 bis de la C.N. sino que se remite al análisis de cuestiones procesales, de hecho y de prueba ajenas a la competencia del Tribunal en la vía intentada. *(Voto de los señores jueces José O. Casás y Luis F. Lozano).*

Expte. nº 5575/07 - 21/5/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El señor Bernardo Pascual Iturraspe inició demanda contra el GCBA a fin que se declare la nulidad de los decs. 754/96 y 123/96 —que habían dispuesto su

cesantía—, se lo reincorpore al cargo de Fiscal del Ministerio Público Nº 1 de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, y se le otorgue una indemnización por los perjuicios que la declaración de cesantía le causó.

Supletoriamente, para el hipotético caso de que sea imposible su reinserción dentro del nuevo régimen estatuyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, solicita se la condene a abonar una indemnización por cesantía arbitraria.

Fundamenta su acción en que el cargo que desempeñaba gozaba de estabilidad en los términos del art. 8º de la ordenanza 40.401/85, por lo que la cesantía decretada sin expresar las causas de la medida resulta ilegítima (fs. 24/26 y 29).

2. El GCBA contestó demanda, solicitando su rechazo, con costas.

Sostiene que el cargo de Fiscal del Ministerio Público Nº 1 era equivalente al de Director General, y por ende no gozaba de estabilidad, conforme lo dispone el art. 2º, inc. d) de la Ordenanza 40.401, motivo por el cual podía decretarse su cesantía por razones de oportunidad o conveniencia (fs. 47/55).

3. La señora jueza de primera instancia dictó sentencia rechazando la demanda, con costas por su orden (fs. 307/318).

4. Ante la apelación deducida y fundada por la parte actora (fs. 329/335), y oportunamente contestada por el GCBA (fs. 337/340), la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad dictó sentencia en la que revocó la sentencia de grado, e hizo lugar parcialmente a la demanda, condenando al Gobierno local al pago de treinta mil pesos ($ 30.000) en concepto de indemnización por la cesantía sin culpa del agente, con costas de ambas instancias a cargo de la demandada.

Asimismo, en la misma sentencia la Cámara rechazó las pretensiones deducidas por el actor tendientes a obtener el pago de una indemnización por daño moral y salarios caídos, y la reincorporación en su cargo (fs. 387/392).

5. La parte actora dedujo recurso de inconstitucionalidad (fs. 397/407), que fue contestado por la demandada (fs. 412/416).

La Cámara declaró parcialmente admisible dicho recurso en cuanto a la presunta afectación de la garantía de estabilidad del empleado público (art. 14 bis, C.N.), pero desestimó el planteo de arbitrariedad de la sentencia recurrida, con costas al vencido (fs.418/419).

6. El señor Fiscal General Adjunto propició hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, ordenando al GCBA otorgar al actor una ubicación laboral que restablezca la plenitud del vínculo, y en lo concerniente al daño moral se disponga que, por donde corresponda, se dicte sentencia atendiendo a las constancias del expediente (fs. 427/431).

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. En su recurso de inconstitucionalidad, el accionante plantea dos agravios:

- Critica la sentencia de Cámara en cuanto rechazó su petición de reincorporación en su cargo, por entender que esa era la *única* consecuencia posible derivada de la estabilidad de la que gozaba como empleado público, conforme el art. 14 bis.
- Califica como arbitraria la sentencia en cuanto rechazó sus pretensiones de obtener indemnizaciones en concepto de salarios caídos y daño moral.

La Cámara concedió el recurso de inconstitucionalidad en cuanto al agravio fundado en la garantía de estabilidad del empleado público, pero lo rechazó respecto de la tacha de arbitrariedad, sobre la que no cabe emitir opinión en esta instancia ya que la parte actora no planteó la pertinente queja contra dicho rechazo.

Por su parte, el recurso de inconstitucionalidad fue correctamente concedido por la Cámara, ya que discurre sobre la eventual afectación del derecho a la estabilidad del empleado público consagrado en el art. 14 bis de la C.N., con lo cual se encuentra correctamente planteado un caso constitucional en los términos del art. 27 de la ley 402.

2. En la presente causa existen dos cuestiones determinadas por la sentencia de Cámara y que no se encuentran cuestionadas, ya que el Gobierno local no interpuso ningún recurso contra dicha sentencia:

- que el actor gozaba de estabilidad en su cargo de Fiscal del Ministerio Público Nº 1;
- que los actos administrativos —decs. 754/96 y 123/96— que dispusieron la cesantía del actor son nulos por ser falsos sus antecedentes de hecho y de derecho.

Lo que sí se encuentra controvertido, en este caso por el actor, es cuál es la consecuencia jurídica que se desprende de la comprobación de las dos circunstancias antes mencionadas. Para el actor corresponde su inmediata reincorporación a la Administración pública local, mientras que para la Cámara tal reincorporación es improcedente atento el nuevo marco constitucional local.

3. Para dilucidar este interrogante, corresponde emitir algunas consideraciones previas sobre el concepto y alcance de la garantía de estabilidad del empleado público.

Como he dicho en un anterior precedente de este Tribunal (“Garaventa, Liliana Dora s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Garaventa, Liliana Dora c/Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/despido’”, expte. nº 4180/05, resolución del 15/3/2006), la garantía de estabilidad del empleado público expresada en el art. 14 bis, C.N. no implica un derecho absoluto del agente despedido a ser reincorporado cuando resulta desvinculado sin que exista una causa que le sea imputable.

Lo que la cláusula constitucional asegura es, en cambio, el derecho a obtener una indemnización equitativa en caso de producirse tal supuesto, así como también que el acto administrativo que dispone el despido del agente sea plenamente legítimo, en cuanto a su legalidad como especialmente en la razonabilidad del motivo

que lo origina (reestructuración, desaparición del cargo, etc.). El cumplimiento de estas exigencias concilia adecuadamente el derecho del trabajador a no ser desvinculado abusivamente con la prerrogativa estatal referida a la implementación de las diversas políticas públicas.

En el presente supuesto la cesantía ha sido decretada en forma ilegítima —así lo determinó la Cámara y consintió tácitamente el GCBA—, sin que se haya configurado —ni siquiera invocado— un motivo razonable para justificarla, de manera tal que *si fuera posible fáctica y jurídicamente, el actor debería ser reincorporado a su cargo,* sin que pueda reemplazarse la pretendida reinstalación por el otorgamiento de una indemnización (conf. CSJN, 3/5/2007, "Madorrán, Marta C. c/Administración Nac. de Aduanas", *LL,* 8/5/2007, 8). Pero, como veremos a continuación, *han ocurrido modificaciones trascendentales en el ordenamiento institucional de la Ciudad que no pueden ser desconocidas y que inciden en la viabilidad de la pretensión recursiva del actor.*

4.a) El cargo en el que fue designado el señor Iturraspe, mediante el dec. 29/94, fue el de Fiscal del Ministerio Público Nº 1 de la Procuración General, dependiente de la Secretaría de Gobierno de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires. De acuerdo a lo establecido en el anexo II del dec. 304/96, la misión de dicho órgano consistía en *"Representar los intereses de la Comuna ante los Juzgados de Primera Instancia y Cámara de Apelaciones de la Justicia Municipal de Faltas, de acuerdo al criterio unificado que fije el Subsecretario de Procuración General.* Promover la acción pública pertinente y tomar intervención cuando la misma sea iniciada por terceros y actuar en tal supuesto como parte necesaria en el proceso. Requerir de los jueces el pronto despacho de las causas en que sea parte y deducir, en caso necesario, los reclamos pertinentes. Entender en el Registro y llevar la estadística de las causas en que tome intervención y en los casos en que así lo disponga el Departamento Ejecutivo. Colaborar con todos los organismos pertinentes en el ejercicio del poder de policía de la comuna. Efectuar el seguimiento del cobro de faltas, a fin de sugerir a la Justicia Municipal de Faltas las soluciones del caso" (lo destacado no está en el original).

Asimismo, la ley nacional 19.987 —Ley Orgánica de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires— establece que "El juzgamiento de las contravenciones a las disposiciones municipales y a las normas nacionales cuya aplicación corresponde a la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, con excepción de las que sean imputadas a menores de dieciocho años de edad, compete a la Justicia Municipal de Faltas, integrada por jueces de primera instancia, una Cámara de Apelaciones y un Ministerio Público. El procedimiento será oral y público" (art. 50); y que "El Ministerio Público estará integrado por fiscales designados por el Intendente municipal, quienes deberán revestir los requisitos, exigidos para los jueces de faltas de primera instancia. Sus emolumentos serán fijados por el Presupuesto General de Gastos y Recursos de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y su actuación se ajustará a lo que determine el Código Procesal de Faltas" (art. 57).

De las normas transcriptas precedentemente podemos extraer, entre otras, dos conclusiones respecto del rol del Fiscal de Ministerio Público:

- integraban y actuaban en el ámbito de la Justicia Municipal de Faltas;
- eran designados directamente por el Intendente Municipal y respondían jerárquicamente al Departamento Ejecutivo.

b) A su vez, el 7/5/2001 fue dictada la ley 591, que dispuso:

- el cese de la Justicia Municipal de Faltas creada por ley 19.987 y, en sus funciones, de los jueces de primera y segunda instancia de la Justicia Municipal de Faltas (art. 3º);
- la creación, en su reemplazo y en el ámbito del Poder Ejecutivo, de la Unidad Administrativa de Control de Faltas (art. 7º).

Posteriormente, la ley 1217 estableció el Procedimiento de Faltas de la Ciudad, que contempla:

- la actuación de la Unidad Administrativa de Control de Faltas como instancia administrativa única, obligatoria y previa al juzgamiento de las faltas por parte de la Justicia Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 13);
- Determinada la falta por parte del Controlador Administrativo de Faltas, el presunto infractor tiene derecho a solicitar, dentro del quinto día de notificado, el pase de las actuaciones para su juzgamiento ante la Justicia Contravencional y de Faltas (arts. 23 y 24).

c) Por otra parte, los Fiscales ante la Justicia Contravencional y de Faltas presentan las siguientes características, de acuerdo a lo que dispone la ley 1903 y la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires:

- integran el Ministerio Público Fiscal, una de las tres ramas del Ministerio Público que, a su vez, forma parte del Poder Judicial de la Ciudad con autonomía funcional y autarquía (arts. 1º, 6º y 7º de la ley 1903, y 124, CCBA);
- son designados por el voto de la mayoría absoluta de la Legislatura, a propuestas del Consejo de la Magistratura, siendo seleccionados mediante un concurso público de antecedentes y oposición (arts. 8º de la ley 1903, y 116, 118 y 126, CCBA);
- gozan de idénticas inmunidades, tienen iguales limitaciones y son removidos por el Jurado de Enjuiciamiento (art. 126, CCBA).

5. Lo desarrollado anteriormente me permite afirmar que en la actualidad no existe el cargo que desempeñaba el señor Iturraspe —Fiscal del Ministerio Público dependiente del Departamento Ejecutivo de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires—, ni tampoco el ámbito en el cual desempeñaba tareas —la antigua Justicia Municipal de Faltas.

Aquel sistema de juzgamiento de faltas ha cambiado rotundamente, y en la actualidad existe una instancia administrativa única —Unidad Administrativa de Control de Faltas—, cuyas decisiones pueden ser revisadas por una rama de la

Justicia local —fuero Contravencional y de Faltas—, ante la cual actúan Fiscales integrantes del Ministerio Público, que no revisten ninguna relación jerárquica con el Poder Ejecutivo, sino que por el contrario forman parte del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Al haber sido suprimido el cargo y el organismo en el cual desempeñaba tareas el actor, es imposible jurídica y fácticamente reincorporarlo al mismo, y mucho menos designarlo como Fiscal de la Justicia local, porque ello implicaría eludir toda la normativa legal y constitucional que exige, entre otras cosas, la realización de un concurso público de antecedentes y oposición, la propuesta del Consejo de la Magistratura y la designación mediante el voto de la mayoría absoluta de la Legislatura.

6. La opción de reincorporar al señor Iturraspe a un cargo y función similar a la que desempeñaba al momento de ser cesanteado, también es inadmisible.

En el escrito de demanda, el señor Iturraspe solicitó "...la reincorporación del suscripto al cargo de Fiscal del Ministerio Público Nº 1 de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires que detentaba (...) *Supletoriamente para el hipotético caso de la imposibilidad de reinserción dentro del nuevo régimen estatuyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; se condene a la misma a abonar la indemnización que por cesantía arbitraria que corresponde al cargo y función que desempeñaba..."* (fs. 24 —el destacado no está en el original—).

El actor presentó su demanda el 19/2/1997 (ver cargo de fs. 26 vta.), cuando ya había sido sancionada la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires —hecho ocurrido el 1º/10/1996—, normativa que él mismo contempló al mencionarla expresamente en su escrito inicial.

Ahora bien, la Constitución local establecía, en su cláusula transitoria 12º, inc.1.b), que el Jefe de Gobierno debía constituir el fuero Contravencional y de Faltas, lo cual "...importará la cesación de la Justicia Municipal de Faltas creada por la ley 19.987, cuyas causas pendientes pasarán a la Justicia Contravencional y de Faltas". Y ya hemos visto anteriormente la nueva modalidad de designación, perfil y características de los Fiscales integrantes del Ministerio Público (arts. 116, 118, 124, 125 y 126, CCBA).

De lo expuesto se desprende que el accionante, al momento de presentar su demanda, tenía conocimiento —o al menos podría haberlo tenido— que el nuevo marco institucional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires implicaba la cesación de la Justicia Municipal de Faltas y la desaparición de su cargo. Podría, entonces, haber solicitado en la demanda, para el supuesto que sea imposible su reinstalación en el cargo que detentaba, que se lo reincorpore a "un cargo similar" en la Administración Pública local, pero no lo hizo, sino que —por el contrario— solicitó como pretensión subsidiaria una indemnización por cesantía arbitraria.

En el recurso de inconstitucionalidad es donde el accionante modifica su pretensión original. Allí solicita a este Tribunal que "...se disponga reincorporar al suscripto en el cargo y función similar al que por idoneidad y características profesionales correspondan al que tuviera antes de ser cesanteado y teniendo en

cuenta que la remuneración deberá ser la misma que detentaba en aquél momento, es decir la asimilable a la de Director General o cargo que lo suplante...” (fs. 404). Pero evidentemente, esta petición resulta una reflexión tardía, que pretende modificar el objeto del proceso en forma claramente extemporánea.

Por lo tanto, la decisión de la Cámara de conceder una indemnización y rechazar el pedido de reincorporación es razonable, ajustada a derecho y respetuosa del derecho al debido proceso y el principio procesal de congruencia, que obliga a los jueces a fallar sobre las pretensiones y defensas interpuestas por las partes *en sus escritos constitutivos,* y no en reflexiones tardías.

7. Por todo lo expuesto, voto por rechazar el recurso de inconstitucionalidad deducido por el actor, con costas por su orden, atento que el actor podría haberse considerado con razones para plantear dicho recurso (art. 62, párr. 2º, CCAyT).

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Coincido con las apreciaciones que hace la señora jueza de trámite en los puntos 1 y 2 de los considerandos de su voto. De la misma forma, concuerdo con el considerando 6 del voto de mi colega cuando señala que el actor ha variado su pretensión original.

En efecto, el recurrente originalmente solicitó la reincorporación al cargo de Fiscal del Ministerio Público Nº 1 de la Municipalidad de Buenos Aires, mientras que en el recurso de inconstitucionalidad pidió ser reincorporado a un cargo y función similares en idoneidad y características profesionales a los que tuviera antes de ser cesanteado.

La circunstancia señalada resta fundabilidad al recurso interpuesto, ya que el tratamiento de esta nueva pretensión importaría la violación del principio de congruencia, del derecho de defensa en juicio de la contraparte y de la competencia del Tribunal al que se somete una cuestión constitucional que remite a un objeto diferente del que fuera considerado en las instancias anteriores. Así las cosas, el recurso carece de seriedad y debe ser rechazado.

Las razones expuestas no implican abrir juicio sobre la garantía de estabilidad en el empleo público, sino limitar el análisis al concreto y puntual debate propuesto por el accionante en su escrito de inicio. En otros términos, el señor Iturraspe solicitó la declaración jurisdiccional de determinada consecuencia respecto de la situación que lo afectaba. Previa intervención de la contraparte así quedó conformado el tema decisorio.

Llegada la causa al Tribunal, los principios constitucionales y procesales de aplicación (conf. art. 27, inc. 4º, CCAyT y art. 2º, ley 402) impiden a los jueces que lo integran extralimitar el sentido de su voto abordando la cuestión constitucional propuesta en el recurso en análisis, pues ella configura, extemporáneamente, una pretensión diferente a la original.

Por lo expuesto, adhiero a la solución propuesta por la doctora Ana María Conde. Así voto.

Los jueces JOSÉ O. CASÁS y LUIS F. LOZANO dijeron:

1. La sentencia impugnada, para lo que ahora importa, sostuvo que los decretos que, sobre la base de que el cargo detentado se encontraba exceptuado "(...) del derecho a la estabilidad (...)", dispusieron la cesantía del señor Iturraspe (nº 754/96 y nº 123/96), "(...) se encuentran, en lo que atañe al actor, viciados por ser sus antecedentes de hecho y derecho falsos (...)" y resultan, por tanto, "nulos de nulidad absoluta e insanable" (fs. 391). Además, luego de rechazar la reincorporación del actor como Fiscal por no contar con los requisitos exigidos por la normativa vigente para su nombramiento (v. gr. concurso público de antecedentes y oposición, audiencia pública), acordó a su favor una indemnización de $ 30.000 por mediar, según explicó, un supuesto de cesantía sin culpa del agente (fs. 391 vta.).

Por su parte, para fundar la concesión parcial del recurso de inconstitucionalidad bajo estudio, el *a quo* consideró que en autos "[s]e encuentra controvertida la interpretación dada al art. 14 bis de la C.N.". Mientras que denegó la apertura de la instancia extraordinaria por la tacha de arbitrariedad orientada a descalificar el pronunciamiento en tanto rechazó la procedencia del reclamo por salarios caídos y daño moral (fs. 419).

2. El agravio central del recurrente consiste en sostener que el pronunciamiento impugnado soslaya que la estabilidad del empleo público consagrada en el art. 14 bis de la C.N. es la llamada estabilidad en sentido propio y que, declarada la nulidad de la cesantía, la reincorporación al cargo es la única alternativa (fs. 402 vta.). En tal sentido, requiere expresamente que el Tribunal disponga reincorporarlo en un "cargo y función similar al que por idoneidad y características profesionales correspondan al que tuviera antes de ser cesanteado y teniendo en cuenta que la remuneración deberá ser la misma que detentaba en aquel momento, es decir la asimilable a la de Director General o cargo que lo suplante" (fs. 404).

Sin embargo, para rechazar el pedido del actor en orden a ser reincorporado, la sentencia cuestionada no buscó apoyo en una interpretación de las garantías constitucionales que rodean al empleo público distinta de la propuesta por el recurrente sino en una comprensión de su pretensión en relación con la evolución que experimentó la estructura del estado al que prestó servicios. Surge de las constancias de autos que la pretensión del actor fue identificada por los jueces de mérito como consistente en ser reincorporado como Fiscal, cargo en el que se había desempañado ante la ex Justicia Municipal de Faltas, y ahora, según indicó la Sala II, no podía serle reconocido en función del nuevo marco constitucional local. Al respecto, el *a quo* explicó que el Ministerio Público Fiscal cuenta hoy con autonomía y autarquía dentro del Poder Judicial así como con un régimen de acceso organizado sobre la base de concursos públicos de antecedentes y oposición (fs. 391).

Es doctrina recibida aquella según la cual es facultad privativa de los jueces de la causa establecer el sentido y alcance de las pretensiones acerca de cuya procedencia les incumbe expedirse (conf. *Fallos,* 270:162; 284:109: 291:268; 295:548; 300:468, 689; 301:449, 712; 302:175, 1044; 303:774; 304:635; 315:1645, entre

muchos otros, y este Tribunal *in re*: "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado" en: "La Royal Sociedad Anónima de Servicios c/GCBA s/ cobro de pesos", expte. nº 5353/07, sent. del 21/12/2007, entre otros). El recurrente no muestra que esos jueces hayan excedido en el ejercicio de su función el marco que les acuerdan la CCBA y la ley, ni lo ha puesto en tela de juicio. Acerca de las dificultades que encerraría una semejante demostración ilustra el texto de la demanda (fs. 24), en que el señor Iturraspe solicitó ser reincorporado "al cargo de Fiscal del Ministerio Público nº 1" y que requirió "[s]upletoriamente para el hipotético caso de la imposibilidad de (...) reinserción dentro del marco del nuevo régimen estatuyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; se condene a la misma a abonar la indemnización por cesantía arbitraria (...)". En tal contexto, la sentencia impugnada refleja cuál fue el alcance que los jueces otorgaron a la pretensión articulada y, en consonancia con ello, el reconocimiento de la reparación solicitada como sucedáneo de la reincorporación estimada inviable en el supuesto que nos ocupa. El recurrente no acredita por qué la potestad ejercida en tal sentido que, reiteramos por regla, corresponde de modo privativo a los jueces de mérito, se aparta de lo oportunamente requerido de un modo que desatienda arbitrariamente el debate y la prueba producida por las partes del pleito.

Frente a ello, la solución del agravio planteado no pone en juego la interpretación del art. 14 bis de la C.N. sino que remite al análisis de cuestiones procesales —alcance de la pretensión inicial de la parte de ser reincorporado como Fiscal—, de hecho y de prueba ajenas a la competencia del Tribunal en la vía intentada. Por lo tanto, corresponde declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad.

3. Finalmente, dado que los agravios vinculados con el rechazo de la reparación en concepto de daño moral y salarios caídos —claramente escindibles del reclamo de estabilidad—, según fuera anticipado, no quedaron abarcados por la concesión parcial del recurso de inconstitucionalidad dispuesta a fs. 418/419 vta., sin que el recurrente hubiera interpuesto queja para suscitar la intervención del Tribunal en el tema, no cabe emitir pronunciamiento alguno a su respecto.

Por las razones dadas votamos por declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad articulado a fs. 397/407, con costas a la vencida (art. 62 del CCAyT).

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Supuesto que el actor dejó de lado gran parte de sus pretensiones al no insistir parcialmente con su recurso, queda sólo por dirimir aquel agravio fundado en la estabilidad del empleo público según el art. 14 bis de la C.N. Empero, como bien lo afirman los señores jueces Casás y Lozano, la solución que de esa norma extrae el actor en su demanda, en forma de pretensión deducida judicialmente, no supone una versión distinta (ver alternativa) a aquella sostenida por la sentencia recurrida en la suya y, me animaría a decir también, a aquella que soporta el propio demandado como solución justa del caso. De ello se deduce que la norma constitucional citada como base del recurso es un mero artilugio argumental para su procedencia.

Me adhiero así al voto de mis colegas con la indicación de que el recurso ha sido mal concedido.

Por ello, emitido el dictamen por el Fiscal General Adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* mal concedido el recurso de inconstitucionalidad planteado por Bernardo Pascual Iturraspe, con costas.

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

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

XCIX

"BARRIL, JULIO EDUARDO Y OTROS S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'BARRIL, JULIO EDUARDO Y OTROS C/GCBA S/EXPROPIACIÓN INVERSA. RETROCESIÓN'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Requisitos. Acordada 4/07, CSJN. Sentencia definitiva. Interpretación de normas locales. Expropiación. Indemnización. Justo valor. Arbitrariedad de sentencia.

SUMARIOS:

1. El recurso extraordinario federal debe ser desestimado por inoficioso porque no trasciende la mera enunciación de pretendidas cuestiones federales, sin demostrar la existencia de una relación directa e inmediata entre lo resuelto y las normas federales invocadas, ni se observa una refutación pormenorizada de los fundamentos independientes que dan sustento a la decisión apelada (art. 3º, incs. b], d], y e], Acordada 4/07, CSJN). *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

2. No puede admitirse el recurso extraordinario federal interpuesto cuando no se ha invocado una cuestión de índole federal (inc. b], art. 3º, Acordada 4/07, CSJN), ni se ha logrado demostrar la relación directa e inmediata entre lo resuelto y las normas federales invocadas (inc. e), ni se observa una refutación pormenorizada de los fundamentos independientes que dan sustento a la decisión apelada (inc. d). *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

3. La invocación de que se han vulnerado las garantías consagradas por los art. 16, 17 y 18, C.N., sin que se demuestre o vinculen esas garantías ciudadanas —difíciles de atribuir al Estado y menos aún en un proceso por expropiación— con

el caso concreto a decidir, basta para rechazar el recurso federal, insuficiente en sus fundamentos para ser tratado por la CSJN. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

4. Bajo la designación de arbitrariedad la recurrente tiende a controvertir el fundamento jurídico contenido en la sentencia recurrida, sin incluir razones de índole constitucional, que permitan abrir la vía del recurso extraordinario federal. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

5. 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. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

6. No basta la invocación genérica de derechos de raigambre constitucional supuestamente violados, alegando que la sentencia dictada por este tribunal viola el art. 16 de la C.N. que consagra el principio de igualdad ante la ley; el art. 17 de la ley Suprema que resguarda el derecho de propiedad, y el art. 18 que tutela la defensa en juicio y el debido proceso, si los agravios no han sido desarrollados de manera eficiente (conf. art. 280, CPCC), ni sustentados con la argumentación seria y fundada que un recurso extraordinario federal requiere. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

7. Cabe denegar el recurso extraordinario federal deducido pues la impugnación articulada sólo pone de manifiesto su desacuerdo con las razones de carácter no federal en que se funda la sentencia, sin advertir que la tacha de arbitrariedad 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 válidos. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

8. Si bien la sentencia de este Tribunal que dispuso que el valor del inmueble sujeto a expropiación irregular sea establecido en la etapa de ejecución de sentencia a través de una nueva valuación, implicó un "apartamiento" de la decisión arribada por la Cámara *a quo*, esa consecuencia hallará recién concreción —y, por ende, constituirá la sentencia definitiva que manda, en lo que ahora importa, el art. 14 de la ley 48— con el resultado que arroje la nueva valuación, de modo que el perjuicio que pudo haberle generado al recurrente quedará concretado con la nueva valuación; situación que lleva a tener por prematuro el planteo hoy propuesto y a denegarse el recurso extraordinario federal. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

9. No se ha explicado —siquiera en forma somera— por qué motivos la realización en el trámite de ejecución de sentencia de una nueva tasación del inmueble, por sí misma, resiente los derechos invocados para dar andamiento al recurso extraordinario federal deducido. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

Expte. nº 5368/07 - 21/5/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. A fs. 134/144 vta. el GCBA interpuso recurso extraordinario federal contra la sentencia del Tribunal que hizo lugar a los recursos de queja e inconstitucio-

nalidad interpuestos por el señor Julio Eduardo Barril, Susana Esther Maiztegui y Sunnymorn S.A. Esta resolución revocó el decisorio apelado en cuanto fue materia de agravios, y dispuso que "a los fines de la condena impuesta al GCBA, el valor del inmueble objeto de este juicio de expropiación irregular sea establecido en la etapa de ejecución de sentencia, previa realización de una nueva valuación" (fs. 116/129).

2. La parte actora contestó el traslado del recurso extraordinario solicitando su rechazo, con costas (fs. 147/151).

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

El recurso extraordinario federal obrante a fs. 134/144 vta. fue presentado por escrito, ante el tribunal superior de la causa, y dentro del plazo previsto en el art. 257, CPCCN. También cumple con los requisitos formales previstos en los arts. 1º y 2º de las "Reglas para la interposición del recurso extraordinario federal" que fueran aprobadas por la Acordada 4/07 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sin embargo, no puede ser admitido pues no cumple con lo establecido en el art. 3º, incs. b), d), y e) de dicho reglamento.

En efecto, en el relato que realiza la recurrente las circunstancias del caso que considera relevantes no aparecen relacionadas con las cuestiones que se invocan como de índole federal (inc. b).

Asimismo, en reiteradas oportunidades a lo largo del escrito (fs. 138, 138 vta., 139, 139 vta., 140 vta.), parece enunciar el análisis de unas pretendidas cuestiones federales, pero no supera la instancia de su enunciación. En consecuencia, no logra demostrar la relación directa e inmediata entre lo resuelto y las normas federales invocadas tal como lo requiere el inc. e) del Reglamento. Por último, tampoco se observa una refutación pormenorizada de los fundamentos independientes que dan sustento a la decisión apelada (inc. d).

Por tal motivo, y de conformidad con lo prescripto por el art. 11 del reglamento referido, el recurso debe ser desestimado por inoficioso. Con costas. Así lo voto.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. El GCBA (expropiante) interpone recurso extraordinario federal contra la sentencia del Superior Tribunal de Justicia, del 5/3/2008, mediante la cual él revocó la sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, que, por su Sala II, confirmó la sentencia de primera instancia en todos sus puntos, decisión que disponía una suma líquida —discutida— como reparación por retrocesión de un inmueble.

Por intermedio del recurso ahora interpuesto, el expropiante pretende que se mantenga la sentencia de primera instancia confirmada, esto es, en términos prácticos, la cotización del bien sujeto a expropiación, sobre la base de que el importe respectivo fue fijado por el juez de primera instancia, convalidado por un asesor

técnico (Bco. Ciudad de Buenos Aires). Ese monto de $ 261.000 fue confirmado por la propia Cámara que entendió en el asunto, sentencia revocada por el TSJBA a raíz del recurso de inconstitucionalidad de la parte actora, que cuestionaba el informe técnico en relación con el momento en que el inmueble debía ser tasado para fijar la suma reparatoria, a raíz de reglas constitucionales de definición del "precio justo".

En esa oportunidad el TSJBA hizo lugar al recurso de inconstitucionalidad articulado por el expropiado —sostenido por un recurso de hecho también aceptado por el TSJBA— y revocó la sentencia de la Sala que intervino en la sustanciación del recurso de apelación, con fundamento en que, a los fines de la condena impuesta al GCBA, el valor del inmueble objeto del juicio de expropiación irregular debía ser establecido en la etapa de ejecución de sentencia, previa realización de una nueva tasación que verificara su valor actual.

2. La expropiante, mediante el recurso extraordinario, sostiene que la decisión del TSJBA vulnera las garantías consagradas por los art. 16, 17 y 18, C.N., invocación que en modo alguno se encarga de demostrar o, mejor dicho, de vincular esas garantías ciudadanas —difíciles de atribuir al Estado y menos aún en un proceso por expropiación— con el caso concreto a decidir. Esta razón basta para rechazar el recurso federal, insuficiente en sus fundamentos para ser tratado por la CSJN. Empero, además, puede observarse que la decisión del TSJBA parte de la interpretación del art. 12, inc. 5º, de la CCBA y de la definición coincidente de justo precio que proporciona el art. 9º, de la ley local 238, aun cuando se traiga a colación sentencias de la CSJN referentes al justo precio o a la justa reparación por expropiación, con lo cual el caso ha quedado encerrado en normas de vigencia local, aspecto que extrae al caso de su posible carácter de impugnación federal. Su casi única posibilidad de suscitar un agravio federal consiste en un recurso del titular del dominio expropiado —aquí inexistente—, si él tuviera en la realidad ese agravio y estimara que, sobre la base de la vigencia de reglas locales, se contradice y suprime aquello que, como justo, define la C.N. Por lo contrario, no parece que el Estado expropiante pueda ampararse en la garantía, concebida para el ciudadano. Al menos, debió explicarlo convincentemente.

3. Por lo demás, el recurrente expresa que la decisión del TSJBA constituye una sentencia carente de fundamentación (en los términos de la doctrina judicial de la arbitrariedad de sentencia), al apartarse indebidamente de las previsiones del art. 9º de la ley 238, y concs., en cuanto establece "que la indemnización sólo comprenderá el valor objetivo del bien, la ley que lo declara de utilidad pública, los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la expropiación y los respectivos intereses". Como seguidamente se verá, el argumento de la arbitrariedad, bajo cuya "protección" se invocan estos fundamentos, tampoco encuentra sustento en los antecedentes del caso que se examina.

En efecto, en consonancia con lo expuesto, el juez Lozano sostuvo oportunamente que los contendientes pugnan por establecer el momento que manda la

Constitución tomar como referencia, en los supuestos de expropiación, a fin de fijar los valores del bien sujeto a ella. En otras palabras, se discute cuáles son la condiciones de tiempo que elige el art. 12, inc. 5º de la CCBA para asegurar que el monto abonado sea "el justo valor" sosteniendo que el momento de la valuación tiene necesariamente que ser el del pago, puesto que cualquier diferencia entre uno y otro supondría la posibilidad de que el importe no correspondiera al justo valor.

A mi turno, con parecido criterio, expresé que la reparación debe consistir en un valor idéntico a la fecha de su efectivo pago o, mejor dicho, a la fecha en la que la administración libere la suma de la indemnización a disposición de expropiado. No existe duda en que la fijación del momento en el cual debe verificarse que la indemnización es equivalente a lo expropiado interesa al derecho de propiedad (arts. 17, C. N., y 12, inc. 5º de la CABA). El juez José O. Casás en su voto, al que adhiere la jueza Ana María Conde, sostiene que, sobre la base de la garantía de la inviolabilidad y de la prohibición de la confiscación, la jurisprudencia de la Corte Suprema elaboró el principio de "justa indemnización" —calificativo que, acabe acotar, está expresamente consignado en el art. 12, inc. 5º, de la CCBA— que incluye, entre sus características, ser actual, íntegra y previa (*Fallos,* 268:112; 301:1205; 302:529:304:782, 304:782, 318:445, entre muchos otros). Parece que ello constituye fundamentación suficiente y, además, correcta, para la decisión revocatoria del Tribunal, más allá de un voto no coincidente (pero tampoco disonante con lo expuesto).

Como lo decidí múltiplemente, tengo una posición particularmente estricta respecto de la *arbitrariedad* como motivo de procedencia del recurso intentado (ver, entre otras decisiones similares, "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]'", expte. nº 3565, resolución del 26/5/2005). En el caso, sin embargo, no es necesario recurrir a esa posición para rechazar el recurso en relación con este motivo: resulta enteramente aplicable a él la doctrina de mayoría del TSJBA 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*, expte. nº 49/99, resolución del 25/8/99 y sus citas en "Federación Argentina de Box c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, t. I, pp. 28 y ss.). Ello sin perjuicio de la afirmación, extraída de la doctrina fijada por la CSJN, según la cual la invocación de *arbitrariedad* relativa a la sentencia impugnada no autoriza a convertir a la CSJN en una nueva instancia y sólo puede triunfar en casos excepcionalísimos (ver, entre muchos otros casos, "Ministerio Público – Defensoría oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 4 s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Soto, Pablo José s/inf. art. 41, CC —apelación'", expte. nº 4689/06).

4. Todavía más audaz es la denuncia de *gravedad institucional*, pues —que el suscripto conozca— ni el mundo ni la República Argentina han sufrido daño institucional alguno a raíz de una hermenéutica acertada o desacertada de las normas y/o hechos acontecidos o suscitados por esta causa. Menos aún estimo, claro está, que haya recaído mácula alguna sobre los arts. 16, 17 y 18 de la C.N. y 27 de la ley local 402.

5. En virtud de lo expuesto, corresponde rechazar el recurso extraordinario interpuesto, con costas para el recurrente (art. 68, CPCCN).

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. Adhiero al voto de la señora juez de trámite, doctora Alicia E. C. Ruiz en cuanto sostiene que el recurso extraordinario federal interpuesto no puede ser admitido.

2. El GCBA pretende provocar la intervención de la CSJN mediante una presentación que no contiene una crítica concreta contra la resolución que procura impugnar. El escrito de interposición del recurso extraordinario se limita a efectuar una invocación genérica de derechos de raigambre constitucional supuestamente violados, alegando que la sentencia dictada por este tribunal "viola el art. 16 de la C.N. que consagra el principio de igualdad ante la ley; el art. 17 de la ley Suprema que resguarda el derecho de propiedad, y el art. 18 que tutela la defensa en juicio y el debido proceso" (fs. 138 vta.), pero estos agravios no han sido desarrollados de manera eficiente (conf. art. 280 CPCC), ni sustentados con la argumentación seria y fundada que un recurso de esta naturaleza requiere.

Como ya ha sostenido este Tribunal, el carácter excepcional de la jurisdicción extraordinaria exige que la norma federal invocada se vincule de manera estrecha con la materia del litigio, en forma tal que su dilucidación sea indispensable para la decisión del juicio.

La Corte Suprema ha establecido que la sola mención de preceptos no basta para abrir la vía extraordinaria (doctrina de *Fallos,* 165:62; 181:290; 266:135; 310:2306; y muchos otros) y que la relación directa que la ley exige existe sólo cuando la solución de la causa requiere necesariamente la interpretación del precepto constitucional aducido (*Fallos,* 187:624; 248:129, 828; 268.2479). De otro modo, la jurisdicción de la Corte Suprema sería indebidamente privada de todo límite, pues no hay derecho que en definitiva no tenga raíz y fundamento en la Constitución Nacional, aunque esté directa e inmediatamente regido por el derecho no federal (*Fallos,* 295:335; 310:2306).

3. En cuanto a la invocación de la arbitrariedad de la sentencia, la parte recurrente sostiene que la resolución del Tribunal Superior "refleja y patentiza un criterio de arbitrariedad que la descalifica como acto judicial válido... configurándose un supuesto de gravedad tal que merece ser remediado por el Máximo Tribunal" (fs. 143 vta.). Si bien califica la resolución del Tribunal "un acto irracional y de palmario apartamiento de las cuestiones debatidas en autos y el cuadro normativo

aplicable al caso" (fs. 138 vta.), la impugnación articulada sólo pone de manifiesto su desacuerdo con las razones de carácter no federal en que se funda la sentencia, sin advertir que "[l]a tacha de arbitrariedad 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 válidos" (*Fallos,* 235:654; 244:384; 248:129, 528 y 584 y otros).

4. 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 lo que el recurso intentado debe declararse inadmisible. Con costas a la vencida por aplicación del principio objetivo de la derrota.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

El recurso federal no está dirigido contra una sentencia definitiva en los términos del art. 14 de la ley 48 ni equiparable a tal, por lo que debe ser denegado. En efecto, si bien la sentencia de este Tribunal de fs. 116/129, en cuanto dispuso que el valor del inmueble sujeto a expropiación irregular sea establecido en la etapa de ejecución de sentencia a través de una nueva valuación, implicó un "apartamiento" de la decisión arribada por la Cámara *a quo*, ese "apartamiento" hallará recién concreción —y, por ende, constituirá la sentencia definitiva que manda, en lo que ahora importa, el art. 14 de la ley 48— con el resultado que arroje la nueva valuación. Prueba de ello es que el GCBA carecería de un agravio con relación a la decisión que hoy recurre si la nueva valuación no modifica los valores establecidos en la tasación de fecha 2/8/2004. En otras palabras, el perjuicio que pudo haberle generado al recurrente la sentencia de este Tribunal recién quedará concretado con la nueva valuación; situación que lleva a tener por prematuro el planteo hoy propuesto.

Lo expuesto no se ve conmovido con la tacha de arbitrariedad formulada, puesto que, conforme lo tiene dicho la CSJN, dicho planteo no suple la ausencia del requisito señalado *supra* (*Fallos,* 286:240; 293:463, entre muchos otros). Costas a la vencida.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. El recurso extraordinario federal interpuesto en el caso por el Gobierno de la Ciudad no puede prosperar, pues ninguno de los agravios que se pretende llevar a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación involucra una cuestión federal (art. 14, ley 48).

2. En la sentencia objetada, por mayoría, se decidió que, a los fines de efectivizar la condena impuesta al GCBA en las instancias de mérito, el valor del inmueble objeto de la expropiación irregular fuera establecido en la etapa de ejecución de sentencia, previa realización de una nueva valuación —al haber transcurrido más de 3 años y medio desde la tasación tenida en cuenta por los jueces de la causa para fijar la indemnización pertinente— (fs. 116/129).

Ahora, el Gobierno sostiene que esa decisión vulnera sus derechos de igualdad, propiedad y defensa en juicio (arts. 16, 17 y 18, C.N.). Sin embargo, tal como lo destacan en sus votos respectivos mis colegas, doctores Alicia E. C. Ruiz, Ana María Conde y Julio B. J. Maier, estimo que no se ha logrado demostrar que los planteos formulados guarden relación directa con lo decidido en el caso concreto. En efecto, más allá de la evidente oposición de la recurrente a que se realice en el trámite de ejecución de sentencia una nueva tasación del inmueble de la calle Lafuente nº 196/198, lo cierto es que no se ha explicado —siquiera en forma somera— por qué motivos esa orden, por sí misma, resiente los derechos invocados para dar andamiento al recurso.

3. El Gobierno también pretende descalificar el pronunciamiento recurrido mediante la invocación de la doctrina de la arbitrariedad de sentencia y la alegación de supuestos errores en torno a la valoración de cuestiones de hecho, prueba y derecho público local. Pero, a continuación, no se hace cargo de rebatir los fundamentos utilizados por los cuatro jueces del Tribunal que, a partir de las reglas constitucionales que tutelan el derecho de propiedad del sujeto expropiado, estimaron irrazonable considerar aquél valor fijado en junio de 2004 como parámetro para el justo resarcimiento adeudado.

Conviene recordar en este punto que "(l)a doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados (...), sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que, deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la 'sentencia fundada en ley' a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N." (*Fallos,* 312:246, 389, 608 y 1839, entre otros).

Las consideraciones señaladas bastan, en mi concepto, para denegar el recurso extraordinario federal deducido. Las costas de la incidencia se imponen a la vencida por aplicación del principio objetivo de la derrota.

Así lo voto.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal planteado por el GCBA, con costas.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita como está ordenado a fs. 129, punto 4.

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

C

"MEJUTO MEDRANO, EDUARDO S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'MEJUTO MEDRANO, EDUARDO C/GCBA S/DAÑOS Y PERJUICIOS (EXCEPTO RESPONSABILIDAD MÉDICA)'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Requisitos. Acordada 4/07, CSJN. Arbitrariedad de sentencia. Cuestiones de hecho y prueba. Derecho común.

SUMARIOS:

1. El recurso exhibe un conjunto de citas jurisprudenciales e invocación de presuntas violaciones constitucionales, a las que se agrega la reiteración de argumentos planteados desde el inicio de la causa, que no logran conformar una crítica razonada y concreta de los argumentos que sustentan la sentencia. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhieren los señores jueces Alicia E. C. Ruiz y Luis F. Lozano).*

2. La tacha de arbitrariedad 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 válidos. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhieren los señores jueces Alicia E. C. Ruiz y Luis F. Lozano).*

3. No se ha logrado demostrar la relación directa e inmediata entre las normas federales invocadas (arts. 5º, 14, 14 bis, 15, 16, 17, 18, 19, 28, 31, 75, incs. 19, 22 y 23, C.N.) y lo debatido y resuelto en el caso, ya que se efectúa una invocación genérica de cláusulas constitucionales supuestamente vulneradas, pero no se desarrollan ni relacionan argumentos que permitan sustentar un verdadero caso federal. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhieren los señores jueces Alicia E. C. Ruiz y Luis F. Lozano).*

4. El recurso extraordinario federal resulta formalmente improcedente, pues el escrito adolece de graves deficiencias argumentales y expresivas en lo que respecta a la formulación de su pretensión, incurre en contradicciones, falta de fundamentos, impropiedad y descuido en la redacción, reiteradas desprolijidades que llevan confusión sobre el planteo de fondo y hasta ofuscamiento ostensible del actor, todo lo cual resta plausibilidad a la presentación. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

5. El litigio se agota en el discurrir acerca de cuestiones de hecho y prueba, así como de interpretación, valoración y aplicación de reglas de Derecho común local (infraconstitucional), por lo que no existe planteo de cuestión federal alguna en el recurso extraordinario federal deducido. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

6. Las manifestaciones que reiteran las discrepancias del recurrente con lo resuelto y otras que no se vinculan de manera directa ni siquiera con el objeto de la acción incoada en primera instancia llevan a denegar el recurso extraordinario federal intentado. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

Expte. nº 5436/07 - 21/5/2008

VISTO:

el expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. Mejuto Medrano dedujo recurso extraordinario (fs. 79/103) contra la decisión de fecha 20/2/2008 (fs. 65/68) por la que el Tribunal decidiera rechazar la queja que había interpuesto.

2. El recurso fue contestado por el GCBA (fs. 125/129), quien solicitó su rechazo.

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. Pese a haber sido interpuesto en tiempo oportuno, el recurso extraordinario federal deducido no es admisible.

2. En primer lugar, cabe destacar que el escrito mediante el cual se interpuso el presente recurso supera la extensión máxima prevista por el art. 1º del anexo "Reglas para la interposición del recurso extraordinario federal" de la Acordada 4/2007 de la CSJN.

Más allá de este defecto formal, el recurso en estudio es una suma desordenada y confusa de citas jurisprudenciales, invocaciones de presuntas violaciones constitucionales, y repetición de argumentos planteados desde el inicio de la causa, que no logran conformar una crítica razonada y concreta de los argumentos que sustentan la sentencia recurrida.

El recurrente sostiene que la sentencia cuestionada es *"*arbitraria*",* pero no demuestra —ni siquiera lo intenta con una mínima seriedad— cuáles serían sus defectos lógicos o argumentativos o de qué forma la sentencia quedaría descalificada como acto judicial. Y como hemos sostenido reiteradamente, citando jurisprudencia de la CSJN, "[l]a tacha de arbitrariedad 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 válidos" (*Fallos,* 235:654; 244:384; 248:129, 528 y 584 y otros).

Por último, el recurrente no logra demostrar la relación directa e inmediata entre las normas federales invocadas (arts. 5º, 14, 14 bis, 15, 16, 17, 18, 19, 28, 31, 75, incs. 19, 22 y 23, C.N.) y lo debatido y resuelto en el caso, ya que efectúa una invocación genérica de cláusulas constitucionales supuestamente vulneradas, pero no las desarrolla ni relaciona con la cuestión debatida en la causa de manera que permita sustentar un verdadero caso federal.

La Corte Suprema ha establecido que la sola mención de preceptos no basta para abrir la vía extraordinaria (doctrina de *Fallos,* 165:62; 181:290; 266:135;

310:2306; y muchos otros) y que la relación directa que la ley exige existe sólo cuando la solución de la causa requiere necesariamente la interpretación del precepto constitucional aducido (*Fallos,* 187:624; 248:129, 828; 268.2479). De otro modo, la jurisdicción de la Corte Suprema sería indebidamente privada de todo límite, pues no hay derecho que en definitiva no tenga raíz y fundamento en la Constitución Nacional, aunque esté directa e inmediatamente regido por el derecho no federal (*Fallos,* 295:335; 310:2306).

En conclusión, los agravios no han sido desarrollados de manera eficiente (conf. art. 280, CPCCN) ni sustentados con la argumentación seria y fundada que un recurso de esta naturaleza requiere.

3. Por todo lo expuesto, corresponde denegar el recurso extraordinario federal, con costas a la vencida por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 68, CPCCN).

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

En atención a los fundamentos expresados por la jueza de trámite Ana María Conde adhiero a la solución que propone.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. El señor Mejuto Medrano interpone recurso extraordinario federal contra la sentencia del TSJBA, del 20/2/2008, mediante la cual el Tribunal rechazó la presentación directa del actor, motivada por la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad dirigido a impugnar el pronunciamiento de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, que, por su Sala I, rechazó el recurso de revocatoria con apelación en subsidio interpuesto por Mejuto Medrano contra la sentencia de grado, que dispuso no habilitar la instancia judicial respecto de la demanda originariamente intentada por el actor (art. 4º, CCAyT). Esta acción, dirigida contra el GCBA, perseguía el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos a partir de su cesantía, calificada por el agente sancionado, hasta entonces empleado público en el Gobierno de la CABA, como inmotivada, infundada e ilícita (fs. 80).

La señora jueza de trámite, doctora Ana María Conde, a cuyo fallo adherí, resolvió rechazar la queja sobre la base de dos razones centrales. En primer término, mi colega entendió que el entonces quejoso no había logrado articular un *caso constitucional*, en los términos del art. 27 de la ley 402. En efecto, el recurrente sólo formuló reproches genéricos a la sentencia en crisis y constriñó su impugnación a la mera mención de disposiciones constitucionales, sin conectar esos reproches con los agravios expuestos, de manera de establecer una verdadera causa constitucional. El recurso de hecho no formulaba una crítica desarrollada y fundada del auto denegatorio del RI, omisión que resultó un óbice para su procedencia puesto que, de ese modo, la presentación resultaba privada del fundamento mínimo tendiente a demostrarla (*Fallos,* 290:391; 293:166; 302:502; 304:332; 307:723; 308:2263; 311:2338). En segundo término, el cuestionamiento del recurrente a la sentencia por su alegada invalidez (en términos de *arbitrariedad*) era igualmente improce-

dente, en tanto el hecho de que el recurso abundara en la denuncia de supuestas arbitrariedades no significó, en modo alguno, que la actora se hubiese quejado fundadamente de la ilogicidad o estructura inconsistente del razonamiento aplicado por los jueces de mérito.

2. Por intermedio del recurso ahora interpuesto, se advierte que la pretensión de Mejuto Medrano consiste en reeditar cuestiones vinculadas con la decisión de no habilitar la instancia judicial en la acción originariamente intentada, con el propósito ulterior de obtener un pronunciamiento favorable respecto del resarcimiento de los daños y perjuicios que, conforme la parte lo expone, le ha causado la cesantía dispuesta.

Sin embargo, y en primer término, se impone señalar que el recurso bajo análisis resulta *formalmente* improcedente, pues el escrito adolece de graves deficiencias argumentales y expresivas en lo que respecta a la formulación de su pretensión. De este modo, la incursión en contradicciones, la falta de fundamentos, la impropiedad y el descuido en la redacción, las reiteradas desprolijidades que llevan confusión sobre el planteo de fondo y hasta el ofuscamiento ostensible del actor (ver, por ejemplo, fs. 80, 81, y 83 vta.), restan plausibilidad a esta presentación.

En segundo lugar, el litigio se agota en el discurrir acerca de cuestiones de hecho y prueba, así como de interpretación, valoración y aplicación de reglas de derecho común local (infraconstitucional), por lo que no existe planteo de cuestión federal alguna en el recurso bajo estudio, como no se configuró anteriormente a esta presentación un genuino caso constitucional. El señor Mejuto Medrano sostiene que la sentencia del TSJBA vulnera los derechos y garantías reconocidos en los arts. 5º, 14, 14 bis, 15, 16, 17, 19, 28, 31, 33 y 75, incs. 19, 22 y 23, C.N.; los arts. 6º, 12, 113, 114 y normas concordantes de la CCBA; y normas diversas de carácter internacional que tutelan los mismos bienes que las disposiciones antes citadas. Sin embargo, esta mera invocación demuestra ser insuficiente a la hora de tornar manifiesto el vínculo entre aquellos derechos y garantías y el caso concreto sometido a decisión del Tribunal Superior (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. nº 3101/2004, resolución del 17/11/2004 y sus citas, mi voto, considerandos 1 y 2; conf. *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, t. IV, pp. 147 y ss., en "Novik, Jorgelina Carla y Wlodkowsky, Irene c/GCBA s/amparo", expte. nº 1465/02, resolución del 24/4/2002; y *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], cit., 2002, t. IV, pp. 84 y ss., en "Cavalleri de Goldberg, Marta Raquel s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Cavalleri de Goldberg, Marta Raquel c/GCBA s/empleo público no cesantía ni exoneración'", expte. nº 1309/01, resolución del 6/3/2002 y sus citas).

3. Finalmente, los diversos y confusos capítulos que componen el agravio relativo a la falta de fundamentación del decisorio en crisis (en los términos de la doctrina judicial de la *arbitrariedad* de sentencia), como suelo expresar en muchos de mis *Fallos,* no son más que expresiones de discrepancia y hasta disgusto del recurrente con la sentencia criticada. Sin embargo, en ninguno de estos variados

capítulos o cuestiones de que trata el agravio, el quejoso invoca alguna situación singular, grave o extrema de ilogicidad o absoluta carencia de fundamentación, por lo que la denuncia de *arbitrariedades* de toda índole en que abunda este "agravio" tampoco resiste, a mi criterio, mayor análisis.

En virtud de lo expuesto, como lo propone la señora jueza de trámite, corresponde rechazar el recurso extraordinario interpuesto, con costas para el recurrente, por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 68, CPCCN).

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Adhiero al voto de la jueza de trámite, doctora Ana María Conde, ya que los agravios vertidos por el recurrente trasuntan una mera discrepancia con la interpretación efectuada por los magistrados de las instancias inferiores acerca de las normas de derecho local —no tachadas de inconstitucionales— que determinan las condiciones para que la instancia judicial quede habilitada. Por ello, el recurso extraordinario no resulta admisible.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Tal como lo sostienen la señora jueza de trámite, doctora Ana María Conde, y el doctor Julio B. J. Maier en sus respectivos votos, el recurso extraordinario federal interpuesto por el doctor Eduardo Mejuto Medrano a fs. 79/103 no puede prosperar, pues no se ha planteado una cuestión federal susceptible de habilitar la competencia de excepción en los términos del art. 14 de la ley 48.

A más de los defectos formales ya advertidos por mis aludidos colegas, entiendo que el remedio intentado se sostiene únicamente en la discrepancia del actor con el pronunciamiento de este Estrado de fecha 20/2/2008 que rechazó la queja interpuesta al entender que el recurso de inconstitucionalidad deducido contra la sentencia de la Sala I —que había confirmado la decisión que tuvo por no habilitada la instancia judicial de la acción autónoma de daños y perjuicios— no cumplía con los requisitos de la ley de rito local para su procedencia en atención a la ausencia de debida fundamentación y a la falta de configuración de un caso constitucional. Así entonces, parece oportuno recordar que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido desde antiguo que las decisiones por las cuales los tribunales locales declaran la improcedencia de los recursos de orden local que se interponen ante ellos son ajenas, en principio, a la instancia extraordinaria (doctrina de *Fallos,* 299:268; 308:1577; 311:100; entre muchos otros).

Por último, la lectura del escrito a estudio no permite concluir que se haya efectuado una crítica suficiente de los argumentos contenidos en la sentencia que ahora se objeta; exigencia que surge de la doctrina de *Fallos,* 283:404; 302:155; 311:169, 542; entre muchos otros. Por el contrario, se advierten manifestaciones que reiteran las discrepancias del recurrente con lo resuelto y otras que no se vinculan de manera directa ni siquiera con el objeto de la acción incoada en primera instancia —orientada a obtener un resarcimiento por daños y perjuicios ante una supuesta sanción expulsiva ilegítima—, como lo expresado en el punto VI del petitorio en donde solicita "tenga a bien V.V.E.E. se ordene urgente reingreso y/o reincorporación laboral del agente municipal..." (fs. 103).

En suma, los defectos formales reseñados y la inexistencia de una cuestión federal en los planteos que el actor pretende llevar a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sellan la suerte adversa del remedio intentado. Las costas se imponen a la vencida, por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 68, CPCCN).

Así lo voto.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal interpuesto por Mejuto Medrano a fs. 79/103, con costas.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva, como está ordenado a fs. 68.

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

CI

"MEJUTO MEDRANO, EDUARDO S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'MEJUTO MEDRANO, EDUARDO C/GCBA S/REVISIÓN CESANTÍAS O EXONERACIONES DE EMP. PÚBL.'" Y SUS ACUMULADOS: EXPTE. Nº 5489/07: 'MEJUTO MEDRANO, EDUARDO S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'MEJUTO MEDRANO, EDUARDO C/GCBA S/REVISIÓN CESANTÍAS O EXONERACIONES DE EMP. PÚBL.'; Y EXPTE. Nº 5580/07: 'MEJUTO MEDRANO, EDUARDO S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'MEJUTO MEDRANO, EDUARDO C/GCBA S/OTROS PROCESOS INCIDENTALES EN: 'MEJUTO MEDRANO, EDUARDO C/GCBA S/REVISIÓN CESANTÍAS O EXONERACIONES DE EMP. PÚBL.'"

RECURSO DE QUEJA: Plazo de interposición. Notificación por cédula. Sentencia definitiva. Interposición extemporánea. Error en la fecha consignada en el cargo electrónico. Denuncia penal. Arbitrariedad de sentencia.

SUMARIOS:

1. Mediando una notificación por cédula de fecha anterior a la notificación personal del letrado, aquella es la que marca el inicio del término para recurrir. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier).*

2. La reiterada expresión de que la sentencia afecta derechos constitucionales (defensa, debido proceso, etc.) sin estar acompañada de una crítica razonada de los fundamentos de orden infranconstitucional en los que se asienta el decisorio desde la perspectiva constitucional que se invoca, y ante la ausencia de un desarrollo específico que vincule lo decidido en relación con la notificación practicada y los preceptos constitucionales invocados, la queja planteada debe ser rechazada. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier).*

3. La interposición de la denuncia penal no resulta hábil para enervar la eficacia probatoria del cargo impuesto (enmendado debidamente por consignar una fecha errónea), pues no constituye una cuestión prejudicial susceptible de inhibir un pronunciamiento del Tribunal. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier).*

4. La solución adoptada por la Cámara respecto de la caducidad de instancia frente a la interposición de los reiterados y sucesivos recursos del actor cuenta con fundamentos suficientes que impiden su descalificación a partir de la doctrina de la arbitrariedad de sentencia, que es una causal de aplicación estricta, pues no tiene por objeto convertir a la Corte Suprema de Justicia 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. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde, Luis F. Lozano y Julio B. J. Maier).*

Expte. nº 5437/07 - 21/5/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El abogado Eduardo Mejuto Medrano planteó ante la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario una demanda para impugnar su cesantía, dispuesta por el GCBA mediante resolución 1470-SHyF/05. La Sala decretó de oficio la perención de la instancia, sin que se hubiera corrido aún el traslado de la demanda (fs. 1 y vta.).

El actor planteó el recurso de inconstitucionalidad que fue denegado por la Sala al no exponerse en forma correcta un caso constitucional ni reunirse los recaudos que autorizan su concesión por la causal de arbitrariedad de sentencia (fs. 4/5).

A continuación, el actor interpuso ante el Tribunal el recurso de queja agregado a fs. 7/30 (expte. nº 5437/07). En su escrito, manifestó haberse notificado personalmente el día 14/8/2007 de la sentencia que decidió no conceder su recurso de inconstitucionalidad y tachó de irregular la cédula de notificación practicada el 13/8/2007 (agregada a fs. 3). Sobre esta cuestión, planteó ante la Cámara la nulidad de la notificación. El juez de trámite dispuso suspender el trámite de la queja hasta tanto se resolviera ese incidente (fs. 36).

Encontrándose suspendida la queja, los autos fueron remitidos a la Fiscalía Nacional en lo Criminal de Instrucción Nº 3 por requerimiento de su titular ante una denuncia formulada por Eduardo Mejuto Medrano por una supuesta falsedad en el cargo impuesto por el Tribunal a fs. 30 (ver fs. 39/46).

Posteriormente, la Sala I rechazó los incidentes de nulidad y redargución de falsedad deducidos por el actor en relación con la cédula de notificación cuya copia está agregada a fs. 3. Frente a ello, el actor planteó un nuevo recurso de inconstitucionalidad que, al serle denegado, dio lugar a la queja que tramita bajo el expte. nº 5580 (fs. 101/109).

2. Por otra queja (expte. nº 5489/07), acumulada a las anteriores, el abogado Mejuto Medrano intenta sostener el recurso de inconstitucionalidad interpuesto (fs. 53/60) contra la providencia del secretario de la Cámara de fecha 7/9/2006 que dispuso: "Proveyendo a fs. 356/365: Estése a lo proveído a fs. 325 pto. I" (fs. 366, autos principales). Esta providencia de secretaría remite a otra dictada por su presidente con fecha 10/7/2006 que dispuso estar a lo resuelto en las actuaciones y, en particular, a la notificación del traslado de la demanda ya ordenado.

La impugnación fue desestimada por la alzada bajo un triple análisis: como reposición impropia, por tardía; como nulidad, por igual razón, y como recurso de inconstitucionalidad, por no tratarse de una sentencia definitiva (fs. 51/52).

3. El señor Fiscal General Adjunto dictaminó en dos oportunidades propiciando el rechazo de todas las quejas (fs. 76/78 y fs. 116/117).

4. El recurrente solicitó una audiencia con los jueces del Tribunal, la que se celebró el día 3/4/2008 con presencia de tres de sus magistrados (fs. 123).

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. El plazo para la interposición del recurso de queja es de 5 días, según lo establece el art. 33 de la ley 402. El recurso de queja planteado por el abogado Eduardo Mejuto Medrano contra la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad dirigido a cuestionar la sentencia que dispuso la caducidad de instancia presenta, en ese aspecto, ciertas particularidades. Para su mejor comprensión conviene tener presente:

a) que de acuerdo con la cédula agregada a fs. 3, la sentencia que denegó el recurso de inconstitucionalidad fue notificada al actor el lunes 13/8/2007;

b) que el actor se notificó personalmente de esa sentencia el día martes 14/8/2007 (fs. 399, autos principales);

c) que el recurso fue presentado ante el Tribunal el día 23/8/2007, según consta en el cargo de fs. 30, que contiene una enmienda manualmente asentada en el día de interposición;

d) que el actor formuló una denuncia penal contra el secretario que intervino en el cargo.

Como puede verse, aparece controvertido por el actor tanto el inicio del plazo para recurrir como la fecha de interposición del recurso.

2. Es claro que mediando una notificación por cédula de fecha anterior a la notificación personal del letrado, aquella es la que marca el inicio del término para recurrir. Por tal razón, el doctor Mejuto Medrano planteó ante la Sala la nulidad de la cédula. La decisión de ese tribunal rechazó el planteo de nulidad y redargución de falsedad del instrumento de notificación. Lo primero, por considerar que la diligencia fue practicada de acuerdo con las normas vigentes, y lo segundo por entender que no se aportó prueba alguna que refute lo expresado por el funcionario notificador que intervino en el caso.

Contra esa resolución el actor planteó recurso de inconstitucionalidad. En su escrito menciona que la sentencia viola los arts. 5º, 14, 14 bis, 15, 16, 17, 18, 19, 29, 31 y 75, incs. 19, 22 y 23 de la C.N.

La Sala denegó su concesión por cuanto no se trata de una sentencia definitiva en relación a ninguna cuestión constitucional y aunque el recurrente invoca la violación de normas constitucionales no expone solventemente un caso de tal naturaleza.

En primer lugar, como lo señala el señor Fiscal General Adjunto, aunque el actor manifiesta que la sentencia es definitiva y le ocasiona un gravamen irreparable, no expresa ni en el recurso de inconstitucionalidad ni en la queja "de qué modo la sentencia atacada le provoca un agravio de imposible o insuficiente reparación ulterior" (fs. 117). De todos modos, ello tal vez podría colegirse mediante una interpretación por demás flexible a favor del actor, de lo señalado a fs. 105 vta., en tanto se encuentra en juego la posibilidad de que se haga efectivo el control judicial del acto de cesantía.

Mas aunque considere suplido mediante la apuntada construcción implícita el recaudo de que la impugnación se dirija contra una sentencia equiparable a definitiva, en verdad el recurso de inconstitucionalidad no ha efectuado una crítica concreta del fallo cuestionado. La reiterada expresión que la sentencia afecta sus derechos constitucionales (defensa, debido proceso, etc.) no está acompañada de una crítica razonada de los fundamentos de orden infranconstitucional en los que se asienta el decisorio desde la perspectiva constitucional que se invoca. Ante la falta de un desarrollo específico que vincule lo decidido en relación con la notificación practicada y los preceptos constitucionales invocados, la queja planteada en el expte. nº 5580 debe ser rechazada.

3. Entonces, por lo dicho hasta ahora, el actor quedó notificado el 13/8/2007 mediante cédula dirigida a su domicilio constituido, fecha a partir de la cual deben aplicarse las reglas para computar el plazo de interposición de la queja planteada en el expte. nº 5437. Los cinco días, más el plazo de gracia, se cumplieron a las 11.00 horas del día 22/8/2007. De acuerdo con el cargo de fs. 30, el escrito fue presentado el 23 de agosto a las 10.17 horas.

Aparece, en este punto, el planteo referido a la denuncia efectuada por el doctor Mejuto Medrano en relación con la actuación de la Secretaría General del Tribunal.

A este respecto conviene precisar:

a) que el Tribunal no conoce el contenido de la denuncia, mas puede inferirlo de lo sucedido ese día conforme se relata a fs. 41, 43 y 44 por el funcionario y los empleados intervinientes, que dan cuenta de la existencia de un error en la fecha que consignaba el cargo electrónico el día 23 de agosto, debidamente enmendado por el señor Secretario General (fs. 30);

b) que el recurrente no efectuó presentación alguna en la queja en relación a una supuesta adulteración en su perjuicio del cargo finalmente consignado, no obstante su conocimiento de lo sucedido, como fue puesto en evidencia en la audiencia recibida por mí y mis colegas, los jueces Maier y Conde;

c) que la interposición de la denuncia penal, de todos modos, no resulta hábil para enervar la eficacia probatoria del cargo impuesto (y enmendado) a fs. 30, pues no constituye una cuestión prejudicial susceptible de inhibir un pronunciamiento del Tribunal. En este sentido, cabe aclarar que no comparto lo afirmado por el señor Fiscal General Adjunto quien consideró en su dictamen que, frente a la apuntada denuncia, no podía expedirse en relación a la tempestividad de la interposición del recurso (77/ vta.). Ello así, toda vez que la constancia contenida en el cargo de mención constituye un acto emanado de la función judicial dictado por un funcionario competente y, como tal, reúne las características propias del instrumento público, motivo por el cual entiendo que la destrucción de la plena fe del aludido instrumento por "redargución de falsedad" no ocurre con la mera impugnación, sino que su calidad subsiste hasta el momento en que, mediante sentencia firme, se declare judicialmente lo contrario —pues, de otro modo, bastaría al impugnante deducir la tacha de falso para suspender su eficacia— (conf. Llambías, Jorge J.; Raffo Benegas, Patricio, y Posse Saguier, Fernando: *Código Civil Anotado, Doctrina. Jurisprudencia*, t. II-B, 2ª ed. actualiz., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004, p. 263 y Bueres, Alberto J. y Highton, Elena I.: *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, t. 2-C, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 61).

Por ello, la queja planteada para cuestionar la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad en contra de la sentencia que dispuso la perención de la

instancia judicial en el proceso iniciado para discutir el acto de cesantía del actor resultó tardía.

4. Aunque lo dicho bastaría para dar por terminadas, al menos en la jurisdicción local, las actuaciones iniciadas por el recurso directo del actor contra el acto de cesantía, considero conveniente agregar que el planteo de fondo contra la decisión que declaró la caducidad de instancia tampoco involucra, directamente, una cuestión constitucional.

En efecto, a fs. 11 vta. me parece advertir el eje argumental del actor: que la interposición de reiterados y sucesivos recursos contra decisiones dictadas en el proceso principal, que incluso han llegado por recurso de queja ante la CSJN (aún no resuelto), demuestran que ha instado permanentemente el juicio.

Ahora bien, la ineficacia de tales recursos respecto del plazo de perención fue materia de expresa consideración por la Sala I al efectuar la interpretación de las reglas procesales referidas a la caducidad de instancia (fs. 1 vta., puntos III y IV); y la solución adoptada cuenta con fundamentos suficientes que impiden su descalificación a partir de la doctrina de arbitrariedad de sentencia. En este sentido, cabe 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/GCBA s/acción de inconstitucionalidad", expte. nº 49/99, resolución del 25/8/99, en *Constitución y Justicia* Fallos del TSJBA), Ad-Hoc, Buenos Aires, t. I, pp. 282 y ss., entre otros].

Asimismo, en punto a la admisibilidad del recurso por la alegación de arbitrariedad en la sentencia, debe entenderse que ésta es 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 corresponde traer a colación las palabras de la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación 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).

5. Por no prosperar la queja dirigida a cuestionar lo atinente a la declaración de perención de la instancia abierta con la promoción de la demanda que tramitó en los autos "Mejuto Medrano, Eduardo c/GCBA s/revisión cesantías o exoneraciones de emp. públ.", expte: RDC 1315/0, carece de utilidad pronunciarse respecto de la queja acumulada nº 5489.

Por lo hasta aquí expuesto corresponde rechazar las tres quejas planteadas por el actor (exptes. nºs 5437/07, 5489/07 y 5580/07).

Así lo voto.

Los jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano dijeron:

Adherimos al voto de nuestro colega, el juez José O. Casás.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Adhiero a la solución propuesta por el señor juez de trámite, en razón de los fundamentos expresados en los puntos 1 a 3 de su voto.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

Me adhiero al fundado voto del señor juez de trámite, el doctor José O. Casás: una vez claro que la notificación por cédula resulta válida, el *dies a quo* del nacimiento del plazo para recurrir en queja comienza el mismo día de la notificación, plazo que finaliza (*dies ad quem*) con la deducción del recurso según el cargo del Tribunal, que corrobora su interposición; conforme a ese criterio, la queja planteada a propósito del rechazo del recurso de inconstitucionalidad fue interpuesta fuera del plazo de actividad precisado por la ley para ello (cinco días, conforme al art. 33 de la ley local nº 402).

Esto resuelve todos los recursos, debido a que queda firme la resolución que entiende perimida la instancia judicial por carencia de actividad del actor.

Las innumerables protestas del accionante, sobre la base de un sinnúmero de disposiciones constitucionales, cuya lesión él mismo no se encarga de acreditar, carecen de sentido. Menos sentido tiene aun la utilización del vocablo *arbitrariedad*, sobre la base del cual él expone sólo su disgusto y ofuscamiento con relación a las decisiones de la Cámara de Apelaciones, sin indicar los vicios lógicos extremos que debería haber atribuido fundadamente a las decisiones y desarrollado inteligiblemente en su recurso. Al respecto, vale la pena citar, al lado de las sentencias ya mencionadas por el señor Presidente de este Tribunal, y aquellas de la CSJN, mi posición sobre este motivo de impugnación, todavía más estricto que aquél sostenido por la mayoría de mis colegas del TSJBA y por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (conf. mis opiniones en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]'" expte. nº 3565/04, resolución del 26/5/2005 y "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Lococo, Marcela c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]'" expte. nº 3792/05, resolución del 29/6/2005).

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* las quejas por recurso de inconstitucionalidad denegado planteadas por el abogado Eduardo Mejuto Medrano (exptes. nºs 5437/07, 5489/07 y 5580/07).

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan las quejas a la Sala interviniente junto con los autos principales.

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

CII

"ASOCIACIÓN POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC) C/GCBA S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD"

ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD: Ejecución de honorarios. Legitimación. Competencia del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires.

SUMARIOS:

1. El Tribunal es competente para entender en la ejecución de honorarios requerida, a tenor de lo establecido en el art. 394, incs. 1º y 3º, CCAyT. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al que adhiere el señor juez José O. Casás).*

2. El pedido de ejecución de honorarios no puede ser admitido, toda vez que no fue formulado por los letrados a quienes se regularon los honorarios indicados, ni el peticionario exhibe poder suficiente para actuar en su representación. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al que adhiere el señor juez José O. Casás).*

3. El Tribunal Superior de Justicia es competente para tramitar la ejecución de honorarios en virtud de lo dispuesto en el art. 394, incs. 1º y 3º del CCAyT. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhiere el señor juez José O. Casás).*

4. Los abogados de la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires poseen un interés jurídicamente relevante que los habilita a reclamar la regulación de honorarios por trabajos profesionales realizados por otros letrados de la Procuración, habida cuenta que el dec. mun. 2147/84 les confiere un derecho a percibir los honorarios que eventualmente ingresen en la Caja creada por dicha normativa. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhiere el señor juez José O. Casás).*

5. El letrado de la Procuración General que intervino en el juicio es el único legitimado para iniciar, por sí o a través de apoderado, el proceso de ejecución de honorarios. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhiere el señor juez José O. Casás).*

6. El Tribunal Superior de Justicia es incompetente para entender en los procedimientos ejecutivos de cobro de los honorarios regulados por él, como accesorios (integración de las costas) de la cuestión principal sometida a debate ante él. *(Voto en disidencia del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

7. La naturaleza excepcional de la competencia del Tribunal Superior de Justicia sólo es modificable por una reforma constitucional, indisponible —por

ende— para el legislador y también para los jueces. *(Voto en disidencia del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

8. La competencia del Tribunal Superior de Justicia proviene de la CCBA (art. 113) y no puede ser extendida por la ley común (infraconstitucional), ni por interpretación alguna de los jueces, de modo que el art. 394 del CCAyT no representa fundamento válido para establecer el tribunal competente en el caso. *(Voto en disidencia del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

9. La ley local 402, ley específica referida a las competencias y a los procedimientos del Tribunal Superior de Justicia, de manera alguna se refiere a la ejecución de honorarios regulados por él, tampoco en el caso de la acción (abstracta) de inconstitucionalidad. *(Voto en disidencia del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

10. La facultad de juzgar sobre la constitucionalidad de normas generales, procedentes de la Legislatura o del poder Ejecutivo, sin atención a caso concreto alguno, sino tan sólo en miras a un control institucional sobre los departamentos del Estado local, es excepcional para el Tribunal Superior de Justicia, a la que no puede agregársele por adhesión, un procedimiento ejecutivo de un objeto secundario del litigio, pues se ampliaría su competencia sin comprender la función que cumple el Tribunal en la arquitectura constitucional. *(Voto en disidencia del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. nº 3103/04 - 21/5/2008

VISTO:

el expediente citado en el epígrafe,

RESULTA:

A fs. 278/280 el doctor Mario Agüero Lavigne, abogado de la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires —conforme acredita con copia de Poder General para juicios que acompaña— con el patrocinio letrado del doctor Diego Sebastián Farjat, promueve ejecución de los honorarios regulados en estos autos a las doctoras Alejandra Tadei y Macarena Gallareta a fs. 236/238, y solicita se disponga la traba de embargo por la suma de $ 1.696,80 (Pesos mil seiscientos noventa y seis con 80/100) más lo que el Tribunal presupueste en forma provisoria para responder a intereses y costas, sobre toda suma que la demandada tenga depositada o deposite en el futuro en cualquier entidad bancaria privada o pública del país, ya sea en cuenta corriente, caja de ahorro, plazos fijos y/o fondos comunes de inversión. Pide a tal efecto que se libre oficio con los alcances que detalla.

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El Tribunal es competente para entender en la ejecución de honorarios requerida, a tenor de lo establecido en el art. 394, incs. 1º y 3º, CCAyT. Y el trámite

si correspondiera darle curso a la solicitud formulada deberá regirse por lo dispuesto en el art. 393, inc. 3º, Título XII del Código citado.

2. Sin perjuicio de lo manifestado, entiendo que el pedido de ejecución traído por el doctor Lavigne no puede ser admitido, toda vez que no fue formulado por los letrados a quienes se regularon los honorarios indicados, ni el peticionario exhibe poder suficiente para actuar en su representación.

La situación planteada es similar a la que fuera traída a decisión y resuelta por el Tribunal a fs. 228/230, cuando inicialmente la "regulación" de honorarios fue requerida por quien no era titular del derecho, ni tenía poder otorgado a ese fin.

La reflexión que formulara entonces respecto de las atribuciones reconocidas a la Caja de Honorarios de los Abogados de la Procuración General creada por el dec. 2147-MCBA/84, son absolutamente pertinentes en cuanto a la cuestión que aquí debe decidirse, en particular si se atiende a la expresa exigencia del art. 9º del dec. 2147:

"En los considerandos del dec. 2147/84 se deja claramente establecido que los honorarios "pertenecen a los profesionales que revisten en el organismo de asesoramiento jurídico de la Comuna" y no del Estado o de la caja creada por esa norma (que no es un sujeto de derecho). A tal punto es así que para facilitar la gestión del cobro de los honorarios que integran el fondo, el art. 9º del dec. 2147/84 establece: 'Los abogados, procuradores y demás profesionales de la Procuración General deberán darse recíprocamente poder judicial especial para la percepción de los honorarios regulados en calidad de costas, cuyo pago se encuentre a cargo de la contraria en los juicios en que la Comuna sea parte.'"

"...Aun dejando de lado la diferencia que existe entre solicitar la regulación de honorarios y percibirlos, y que el dec. 2147 citado por los peticionantes menciona un poder especial para la percepción de los honorarios, no parece dudoso que la solicitud de regulación debe ser efectuada por quienes tomaron efectiva participación en el juicio, según surge del expediente, o por quien cuente con poder suficiente para actuar en su representación. La existencia de una caja de honorarios de los abogados de la Procuración General no constituye una razón suficiente para justificar la intervención por terceros que surge del escrito de fs. 217 vta.".

3. Por lo expuesto opino que, sin perjuicio de la competencia del Tribunal, la petición de ejecución de honorarios formulada a fs. 280 debe ser rechazada. Así voto.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Concuerdo con la solución de la señora jueza de trámite en el sentido de rechazar la ejecución planteada y también con el fundamento explícito en el punto 2 de su voto, relativo a la carencia de legitimación de los ejecutores. Pero, más allá de ello, estimo también que el TSJBA es incompetente para entender en los procedimientos ejecutivos de cobro de los honorarios regulados por él, como accesorios (integración de las costas) de la cuestión principal sometida a debate ante él.

Seré sintético en la explicación de las razones que me conducen a rechazar la competencia del Tribunal.

2. Tengo dicho desde los comienzos de la existencia de este Tribunal y tiene dicho el mismo TSJBA (expte. nº 56/99, SAO, "Iráizoz Juan Fermín c/Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires (Junta de Ética, Acuerdos y Organismos de Control s/amparo" y sus citas, entre otros incluso posteriores a él) que la naturaleza excepcional de su competencia sólo es modificable por una reforma constitucional, indisponible —por ende— para el legislador y también para los jueces. En pocas palabras, ello implica afirmar que la competencia del TSJBA proviene de la CCBA (art. 113) y no puede ser extendida por la ley común (infraconstitucional), ni por interpretación alguna de los jueces.

De tal modo, el art. 394 del CCAyT no representa fundamento válido para establecer el tribunal competente en el caso.

3. Pero esa referencia interpretativa manca también por otro costado. La ley local 402, ley específica referida a las competencias y a los procedimientos del TSJBA de la CABA, de manera alguna se refiere a la ejecución de honorarios regulados por el Tribunal, tampoco en el caso de la acción (abstracta) de inconstitucionalidad. Y no sólo rige el principio *lex specialis* frente a la norma del CCAyT, por lo dicho inmediatamente antes, sino, además, *lex posterior*, pues, como puede observarse fácilmente, el CCAyT es anterior, temporalmente, a la ley específica citada al comienzo de este párrafo.

De tal manera, se refirma la sentencia referida al final del párrafo anterior.

4. Resulta notorio que la razón de ser de la competencia constitucional (ADI) atribuida por la Constitución local al TSJBA no ha sido la de mediar o juzgar en una ejecución de honorarios de unos abogados contra una o varias partes, incluso privadas. Una extensión correlativa y racional de la facultad judicial de intervenir y decidir materialmente cierta clase de acciones consiste en dirimir las costas del litigio y, para ello, también en fijar los honorarios de los abogados que intervinieron en la disputa. En efecto, la facultad pública citada resulta ser un objeto accesorio de la acción intentada y de la decisión respectiva que constituye su culminación. Pero ella no puede confundirse con la acción y el litigio ejecutivos, incluso por razones meramente prácticas.

En primer lugar, ya la facultad de juzgar sobre la constitucionalidad de normas generales, procedan ellas de la Legislatura o del Poder Ejecutivo local, sin atención a caso concreto alguno, sino tan sólo en miras a un control institucional sobre ambos departamentos del Estado local, y la más seria aún que define el efecto de la decisión como anulación de normas generales vigentes, competencia negativa frente al órgano estatal competente (positivamente) para su emisión, es excepcional entre nosotros. Agregarle a ella, por adhesión, un procedimiento ejecutivo de un objeto secundario del litigio, representa ampliar la competencia sin comprender la función que cumple el TSJBA en la arquitectura constitucional; mucho más aún corresponde esta advertencia si se trata de una ejecución entre particulares, en las que no interviene el Estado.

En segundo lugar, el proceso ejecutivo no es competencia normal y cotidiana del TSJBA, sino, por lo contrario, de los jueces de mérito. Ellos son los autorizados a valorar títulos y prueba, labor que, para el TSJBA, implica salir de sus tareas habituales. Si la ley ha estimado que ellas tienen especial importancia, distraer recursos materiales y personales en otra tarea significa desentenderse, aun parcialmente, de la labor institucional atribuida, y todavía más, reiteración mediante, ponerla en peligro, según ha sucedido con otros tribunales jerarquizados en las distintas órbitas jurídicas.

Por último, pero sin definir al argumento como de escasa importancia, el hecho de que la acción ejecutiva sea competencia de las instancias de mérito —precisamente por ello— contribuye a que tanto las decisiones de mérito fácticas, como sus correlatos normativos, tengan una instancia de revisión natural para las partes que pudieran resultar afectadas por las decisiones, algo sumamente complicado para las resoluciones que, respecto del procedimiento ejecutivo, pudiera adoptar, eventualmente, el TSJBA. Ello se aprecia más aún de frente al art. 13, inc. 3º, de la CCBA, en tanto prevé como garantía la "doble instancia", sin necesidad de explicar ahora su contenido y límites.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. Este Tribunal es competente para tramitar la presente ejecución de honorarios en virtud de lo dispuesto en el art. 394, incs. 1º y 3º, CCAyT.

2. En la resolución recaída en estos mismos autos con fecha 3/7/2007 sostuve, en un voto conjunto con el doctor Casás, que los abogados de la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires poseen un interés jurídicamente relevante que los habilita a reclamar la regulación de honorarios por trabajos profesionales realizados por otros letrados de la Procuración, habida cuenta que el dec. 2147/84 les confiere un derecho a percibir los honorarios que eventualmente ingresen en la Caja creada por dicha normativa.

Y es que tales honorarios no pertenecen exclusivamente al letrado que realizó las respectivas tareas profesionales, sino a todos los abogados, apoderados, peritos y consultores técnicos de la Procuración General, ya que deben ser ingresados a la Caja de Honorarios para ser distribuidos entre todos ellos conforme determinadas pautas (conf. arts. 1º, 3º y 4º del dec. 2147/84).

Por lo tanto, los profesionales mencionados precedentemente, aun cuando no hayan actuado en el respectivo juicio, poseen un interés jurídicamente relevante que los habilita no solo a pedir la regulación de honorarios, sino a *perseguir su cobro* mediante un proceso ejecutivo.

3. Sin embargo, en la resolución del 3/7/2007 la mayoría del Tribunal consideró que la solicitud de regulación debe ser efectuada por quienes tomaron efectiva participación en el juicio, o por quien cuente con poder suficiente para actuar en su representación, rechazando en consecuencia el pedido de regulación de honorarios interpuesto por otros letrados (conf. voto de la doctora Ruiz, al que adhirieron los doctores Lozano y Maier).

Como consecuencia lógica de esta postura, que no comparto pero debo observar en virtud del principio de preclusión procesal (concordantemente con lo sostenido en el apart. 2º de mi voto en la resolución del 12/3/2008, dictada en estos mismos autos), el letrado de la Procuración General que intervino en el juicio sería el único legitimado para iniciar, por sí o a través de apoderado, el proceso de ejecución de honorarios, lo que motiva el rechazo de la petición formulada a fs. 280, sin perjuicio de dejar sentada (en el apart. 2º de este voto) mi opinión en contrario.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Tal como lo sostienen la señora jueza de trámite, doctora Alicia E. C. Ruiz, y la doctora Ana María Conde, entiendo que este Tribunal es competente para entender en la ejecución de los honorarios regulados en autos en concepto de costas (conf. art. 394, CCAyT, de aplicación supletoria en esta instancia en virtud de lo dispuesto en el art. 2º de la ley 402).

2. En punto a la petición efectuada por el doctor Lavigne a fs. 280, hago propias las consideraciones contenidas en el voto de la señora jueza Ana María Conde y, en particular, la reserva que allí formula mi aludida colega respecto del criterio que sustentáramos en minoría en el pronunciamiento de fecha 3/7/2007 recaído en estos autos (obrante a fs. 228/230) y que en esta oportunidad, por razones de buen orden, corresponde abandonar.

Así lo voto.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Coincido con de mi colega, Julio B. J. Maier, en que no hay norma que prevea la intervención de este Tribunal en la ejecución de honorarios de que se trata sin que, habida cuenta de las características con que la CCBA diseña nuestra función, quepa deducirla de la genérica potestad de poner en ejecución sus pronunciamientos.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* la competencia del Tribunal para tramitar la ejecución de honorarios requerida a fs. 278/280.

2º. *Rechazar* la petición de ejecución de honorarios formulada por el doctor Mario Agüero Lavigne a fs. 278/280.

3º. *Mandar* que se registre y se notifique.

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

CIII

"BANFI, ENRIQUE ROBERTO Y OTROS C/GCBA S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD"

ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD: Recurso de reposición.

SUMARIOS:

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

Expte. nº 5869/08 - 21/5/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

Los actores plantean recurso de reposición contra la resolución de fs. 95/98 que rechazó la medida cautelar por ellos solicitada (fs. 104).

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

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, *Fallos,* 286:198; 293:468; 297:543; 303:241; 308:1606; 310:1784; 313;817, entre muchos otros; este Tribunal *in re* "Partido Justicialista y otros c/GCBA", expte. nº 50/99, resolución del 16/6/1999, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. I, pp. 136 y ss.; "Liga de amas de casa, usuarios y consumidores de la República Argentina y otros c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 480/00, resolución del 24/10/2000; "Spisso, Rodolfo R. c/GCBA s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 1866/02, resolución del 13/11/2002; "Frente Movimiento Popular s/solicitud de reconocimiento de Alianza – Elecciones año 2003", expte. nº 2092/03, resolución del 8/4/2003, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. V, pp. 1324 y ss.; "Lata, Jorge Mario c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido"; expte. nº 4942/06, resolución del 20/9/2007, entre otros).

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

Nos adherimos al voto del señor juez de trámite, doctor Luis F. Lozano.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* inadmisible el recurso de reposición planteado a fs. 104 contra la resolución de fs. 95/98.

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

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

CIV

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA GENERAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'GONZÁLEZ BAEZ, BERNARDO JAVIER S/INFR. ART. 83 (LEY 1472)'"

RECURSO DE QUEJA: Sentencia definitiva. Acta contravencional. Remisión del legajo a la Unidad Administrativa de Control de Faltas. MINISTERIO PÚBLICO DE LA DEFENSA: Legitimación procesal. DEFENSOR OFICIAL: Exención de depósito. Principio de *ne bis in idem.* Cosa juzgada.

SUMARIOS:

1. La simple verificación de que el recurso de inconstitucionalidad fue articulado contra una sentencia que no es la definitiva (art. 27, ley 402) basta para fundar el rechazo del recurso de queja. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

2. No corresponde intimar a la defensa oficial —órgano del ministerio público según la propia, CCBA— para que acredite el pago del depósito previsto como requisito de admisibilidad de un recurso de queja. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

3. Las decisiones referidas a medidas o provisiones adoptadas durante la tramitación del proceso no constituyen, en principio, sentencia definitiva en el sentido del art. 27 de la ley 402, de modo que la defensa debió desarrollar argumentos sólidos que lograran demostrar que este caso constituía una excepción a la regla. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

4. Al no haberse presentado el interesado, el Ministerio Público de la Defensa no se encuentra habilitado para recurrir —autónomamente— la decisión

impugnada, toda vez que carece de la capacidad legal para hacerlo, conclusión que se encuentra respaldada con absoluta claridad por las normas específicas que establecen el momento a partir del cual los jueces, o eventualmente los fiscales, pueden y deben dar inmediata intervención al defensor público, momento que, por regla, debe coincidir con la primera presentación, espontánea o no, de quien ha sido imputado de una contravención, momento en el cual el sujeto puede hacerse defender por abogado/a inscripto en la matrícula, o, si no lo hiciere, entonces sí, por el defensor o defensora que por turno corresponda (art. 3º de la ley 12*). (Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

5. No es tarea del Ministerio Público de la Defensa suplir la inactividad o desidia del presunto contraventor ni prescindir del interés o voluntad de una parte que se resiste a ser considerada tal, toda vez que, el hecho de que en la Ciudad se intente asegurar un adecuado ejercicio del derecho de defensa en juicio de todo contraventor, garantizándole una efectiva asistencia jurídica (art. 42.3 de la ley 1903), no puede ser entendido de una manera puramente simbólica, sino que necesariamente debe tener lugar un real "asesoramiento técnico" del contraventor, para lo cual, primero, debe presentarse al proceso. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

6. No cabe equiparar a sentencia definitiva la resolución que determinó remitir un sumario a la Unidad Administrativa de Control de Faltas, pues sólo implica ordenar el proceso y no ponerle fin. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

7. El recurso de inconstitucionalidad se interpone contra las sentencias definitivas del tribunal superior de la causa, regla a la que sólo cabe hacer excepción cuando la aplicación literal del art. 27 de la ley 402 frustra el ejercicio útil de la competencia que a este Tribunal le viene encomendada a través del art. 113, inc. 3º de la CCBA. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

8. La excepción al requisito de sentencia definitiva a los efectos del recurso de inconstitucionalidad tiene lugar cuando se encuentran conculcados derechos consagrados en la Constitución Nacional o en la Constitución local, sólo susceptibles de tutela inmediata, como lo es la garantía del *non bis in idem,* que consiste precisamente en evitar la continuación del proceso, cuya violación no ha sido demostrada en la queja. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

9. El juez contravencional que resuelve acerca de la existencia de una falta en ocasión de estar convocado a hacerlo respecto de una contravención, no puede evitar sentar conclusión en calidad de cosa juzgada acerca de la falta, y esa decisión no podría ser revisada por el controlador, ni, una vez firme, por otro juez. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

10. La decisión del juez de mérito, que no se pronunció sobre la contravención porque no había mediado acusación y remitió la causa a la Unidad Controladora de Faltas, priva de relación directa la garantía del *non bis in idem* con lo resuelto en autos, porque el imputado no estuvo sometido al proceso que regula la ley 12, y el que tiene por fin dilucidar la existencia de una falta, es el primer proceso al será sometido. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

11. El instituto de la cosa juzgada impide que se genere una nueva discusión acerca de cuestiones sobre las que recayó una decisión judicial firme del fuero competente, por lo que el Controlador Administrativo de Faltas no podrá apartarse

durante la investigación de los hechos acerca de los que se expidieron los jueces. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

12. El planteo acerca de la supuesta violación del derecho a un juicio razonablemente rápido, causada por la revocación del archivo del expediente, está expresada mediante argumentos que carecen de relación directa con la garantía invocada, y no muestran que el proceso fue sometido a dilaciones injustificadas*". (Del voto del señor juez Luis F. Lozano).*

13. La intervención de los integrantes del Ministerio Público de la Defensa no es promiscua ni indiferente a la voluntad del sujeto sometido a proceso contravencional (arts. 1º, 3º, 37, ley 12). *(Voto del señor juez José O. Casás).*

14. La decisión que dispone la remisión de las actuaciones a la Unidad Administrativa de Control de Faltas sólo implica ordenar el proceso y no ponerle fin, de modo que se no se trata de una sentencia definitiva u otra decisión que pueda serle equiparada (art. 27, ley 402). *(Voto del señor juez José O. Casás).*

Expte. nº 5603/07 - 28/5/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El 23/8/2007 la Policía Federal labró un acta contravencional que registró una supuesta infracción al art. 83 de la ley 1472, cometida por el señor Bernardo Javier González Báez. El 28/8/2007 la fiscal a cargo de la investigación resolvió remitir las actuaciones, en primer lugar, al juzgado interviniente para que controlara las medidas adoptadas y, una vez cumplido el examen judicial, enviar el legajo a la Unidad Administrativa de Control de Faltas (UACF). La fiscal, brevemente, consideró que la conducta investigada no constituía contravención, pero sí podía encuadrarse en alguna de las disposiciones que contiene la ley de faltas.

2. El 29/8/2007 la jueza a cargo del Juzgado en lo Contravencional y de Faltas Nº 28 decidió no convalidar lo actuado, devolver a la imputada los efectos que se habían secuestrado y, además, archivar las actuaciones contravencionales. Esta resolución fue apelada por la fiscalía con fundamento en que el archivo del legajo, decidido por la jueza de garantías, afectaba el sistema acusatorio y las facultades del ministerio público fiscal en tanto le impedía reencauzar la investigación de los hechos con base en un análisis prematuro del suceso ocurrido el 23/8/2007.

La Cámara de Apelaciones, el 23/10/2007, hizo lugar a lo solicitado por la acusación y, en consecuencia, revocó la decisión adoptada en primera instancia y ordenó la remisión del legajo al órgano administrativo competente (UACF). Al momento de fundar el fallo, los camaristas expresaron que, si bien la jueza interviniente estaba facultada para efectuar un análisis de la tipicidad de la conducta, el juicio formulado no se encontraba completo porque no consideraba que el hecho podía

subsumirse en la normativa de faltas. Asimismo, los jueces agregaron que, pese a lo sostenido por la defensa al contestar el traslado de la apelación, no correspondía dictar un pronunciamiento de mérito en la causa porque esa decisión afectaría la vigencia de la garantía de *ne bis in idem.*

3. La defensa del señor González Báez interpuso recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia dictada por la Sala I (fs. 16/19 vta.). En aquel escrito, sostuvo que la resolución que atacaba violó la garantía del debido proceso legal y su derecho a obtener un pronunciamiento que ponga fin al proceso porque, aunque tanto el fiscal como la jueza de primera instancia concluyeron que la conducta imputada a su asistida no constituía contravención, la Cámara ordenó que continuara la actividad persecutoria del Estado. En este sentido, apuntó que no se podía avanzar por sobre el límite que fija la ley (art. 39, ley 12) cuando dispone que la fiscalía debe archivar las actuaciones si el hecho no constituye una contravención; de otro modo, remarcó, la decisión de seguir adelante con la investigación del hecho resulta violatoria de las garantías de debido proceso y plazo razonable.

4. Los integrantes de la Sala I entendieron que el recurso de inconstitucionalidad agregado a fs. 16/19 no atacaba una sentencia definitiva (o una decisión que pueda equipararse a tal) y, asimismo, consideraron que tampoco exponía un caso constitucional.

La Defensoría General interpuso, frente a aquella decisión, un recurso de queja ante el Tribunal. En dicha presentación sostiene que el fallo cuestionado por recurso de inconstitucionalidad atacaba una sentencia equiparable a definitiva, expone los efectos que —a su criterio— conlleva la remisión del legajo a sede administrativa y, además, individualiza los siguientes motivos de agravio constitucional: *a)* afectación de la garantía de debido proceso; *b)* desconocimiento del derecho a un pronunciamiento que ponga fin al proceso; *c)* violación de la garantía de *ne bis in idem*; *d)* vulneración del sistema acusatorio; y *e)* arbitrariedad de sentencia.

5. El Fiscal General Adjunto, al momento de emitir su dictamen (fs. 41/43 vta.), propició el rechazo de la queja. En primer lugar manifestó que el Defensor General carecía de legitimación procesal debido a que la imputada "nunca estuvo a derecho" y, en consecuencia, no ejerció su potestad de designar asistencia letrada de confianza (conf. fs. 41 y 42). Asimismo, sostuvo que la defensa no atacaba una sentencia definitiva o auto que le sea equiparable, agregó que tampoco exponía un caso constitucional, señaló que la presentación directa incluía agravios que no habían sido introducidos oportunamente (aquellos vinculados a los efectos de la remisión de la causa a sede administrativa y la violación del sistema acusatorio) y, por último, desechó la posibilidad —afirmada por la defensa— de estar frente a un caso de sentencia arbitraria.

FUNDAMENTOS:

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. El recurso de queja interpuesto por el defensor, aunque fue presentado por escrito, ante el Tribunal y dentro del plazo que marca la ley, debe ser rechazado.

Independientemente de las razones que sostiene el fiscal ante el Tribunal respecto a la falta de legitimación de la defensa pública y a la incorporación tardía de ciertos motivos de agravio, la simple verificación de que el recurso de inconstitucionalidad fue articulado contra una sentencia que no es la definitiva (art. 27, ley 402) basta para fundar el rechazo de la queja (conf. "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional Nº 7— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Cruz Martínez, Eugenia s/art. 41, CC", expte. nº 2571, sent. del 5/11/2003 y sus citas).

Por otra parte, advierto que gran parte del trámite de este legajo podría haberse evitado con una simple denuncia del hecho —formulada por la misma fiscalía— ante la autoridad competente en materia de faltas (art. 2º, ley 1217).

2. Según lo expuse en reiteradas ocasiones (ver, *inter alia*, mi resolución como juez de trámite en "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 3— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ábalos, Oscar Adrián s/art. 71 CC —apelación'", expte. nº 1509/02: interpretación sistemática del art. 34, II, ley local 402 y art. 3º, inc. a], ley local 327), no corresponde intimar a la defensa oficial —órgano del ministerio público según la propia, CCBA— para que acredite el pago del depósito previsto como requisito de admisibilidad de un recurso de queja relativo a un recurso de inconstitucionalidad denegado.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de queja fue interpuesto ante este tribunal dentro del plazo que fija el art. 33, ley 402, y contiene una descripción de los hechos principales de la causa, sin embargo no puede prosperar.

2. Las decisiones referidas a medidas o provisiones adoptadas durante la tramitación del proceso no constituyen, en principio, sentencia definitiva en el sentido del art. 27 de la ley 402 (conf. "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Enríquez, Rafaela s/infracción art. 68, CC, nulidad —apelación'", expte. nº 3358/04, resolución del 23/2/2005 y sus múltiples citas). Por ese motivo, la defensa debía desarrollar en su escrito de queja argumentos sólidos que lograran demostrar que este caso constituye una excepción a la regla.

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

—Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 8— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Prescava, David Daniel s/art. 186 bis C.P.'".

4. Voto en consecuencia por el rechazo de la queja.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. La queja, aunque deducida en tiempo y forma, no puede prosperar.

A todo evento, y en atención a las objeciones formuladas por el Fiscal General Adjunto, resulta inevitable efectuar algunas precisiones en torno a la legitimación procesal del Ministerio Público de la Defensa para intervenir en este proceso, o, más precisamente, para habilitar el conocimiento de nuestro Tribunal. Es sencillo, con independencia de la dudosa relación que vincula a la defensa pública con el imputado o de la presunta representación que —se dice— ejerce una sobre otro, lo cierto es que aquella intervención, correcta o incorrectamente, no ha sido una cuestión relevante para los jueces de mérito que, por lo contrario, optaron por darle tal participación *de oficio*. El hecho de que no se haya tratado de un punto controvertido en las instancias de mérito naturalmente explica que la defensa no tuviera muchas razones para abogar por su legitimación en esta presentación. Sin embargo, a mi criterio, más allá del trato conferido en las instancias ordinarias, la defensa debió fundamentar concretamente en qué normas encuentra su aptitud para recurrir la decisión, de manera autónoma, ante este estrado.

El Tribunal tiene dicho que, en la ponderación del acierto o desacierto del juicio preliminar de admisibilidad formulado por la Cámara, tiene el deber de revisar el cumplimiento de los requisitos objetivos y subjetivos que tornan viable la vía extraordinaria ("Benegas, Miguel M. s/recurso de queja", expte. nº 38/99, sent. del 11/8/1999), deber que cobra mayor importancia frente a las fundadas denuncias del representante del Ministerio Público Fiscal, por cierto, habilitado para formularlas en virtud de las funciones que le incumben en estos trámites (art. 29.1 de la ley 1903). En tal sentido, debo concluir que el Ministerio Público de la Defensa, ciertamente, al no haberse presentado el interesado (como surge de la certificación obrante a fs. 40), no se encuentra habilitado para recurrir —autónomamente— la decisión impugnada, toda vez que carece de la capacidad legal para hacerlo. Esta conclusión se encuentra respaldada con absoluta claridad por las normas específicas que establecen el momento a partir del cual los jueces, o eventualmente los fiscales, pueden y deben "dar inmediata intervención al defensor [público]", momento que, por regla, debe coincidir con la *primera presentación*, espontánea o no, de quien ha sido imputado de una contravención, momento en el cual el sujeto "puede hacerse defender por abogado/a inscripto en la matrícula", o, si no lo hiciere, entonces sí, por el "defensor o defensora que por turno corresponda" (todas las citas se desprenden del art. 3º de la ley 12). Constituye un presupuesto necesario para la continuidad del proceso contravencional y "para ejercer los derechos que es[e] código le acuerda" (art. 1º de la ley 12), entonces, que el presunto contraventor se ajuste a derecho y comparezca ante la autoridad judicial competente "dentro de los cinco días hábiles", tal como, dicho sea de paso, debe intimarlo el organismo de

prevención "bajo apercibimiento de ser conducido por la fuerza pública", o, mejor aun, al notificarlo "de su derecho a ser acompañado por defensor [...] de confianza y que, [en el supuesto] de no hacerlo [esto es, de no presentarse junto a un letrado], ser[ía] asistido por el defensor [...] de oficio" (art. 37 de la ley 12). En muy pocas palabras, si un contraventor nunca se presenta para hacer valer los derechos que le asisten ninguna defensa es posible, por lo menos, ante esta instancia extraordinaria. Ello es así por cuanto, como lo he dicho en otras oportunidades, "debe ser el contraventor quien efectúe los planteos extraordinarios que contribuyan a la tutela de sus derechos y [un defensor oficial que nunca lo ha oído no puede] sustituirlo en esa formulación, en tanto una cosa es un planteo [intentado, en apariencia y según lo expresa el recurrente,] a su favor y otra muy distinta es un recurso deducido por el interesado [o por el representante de confianza u oficial que éste o la ley designe], quien, naturalmente, en virtud de la escasa trascendencia del litigio, podría tener razones [holgadamente] comprensibles para abstenerse de someter su caso al conocimiento de esta instancia [local] de excepción" (de acuerdo con, *mutatis mutandi*, mi voto en autos "Ministerio Público —Fiscal de Cámara CyF— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Sánchez, Mariano Rodrigo s/inf. art. 189 bis 3º p. C.P.'", expte. nº 4666/06, sent. del 13/9/2006).

Lo anteriormente expuesto tampoco se opone a las normas generales plasmadas en la ley reglamentaria de la actuación del Ministerio Público (ley 1903) en cuanto atribuye a los "Defensores de Primera Instancia" el deber de "ejercer la defensa y representación en juicio de quienes se encontraren ausentes en ocasión de requerirse la defensa de sus derechos" (art. 42.1 de la ley citada), o incluso de aquella otra —más genérica— que dispone que le compete a todos los estratos del Ministerio Público el "[e]jercer la defensa de la persona y los derechos de los justiciables toda vez que sea requerida en las causas contravencionales, penales o de otros fueros, cuando aquellos fueren pobres o estuvieren ausentes" (art. 17.10, ibídem), por cuanto ambas reglas, por su "generalidad", en lo que hoy nos importa resultan desplazadas por aplicación del principio de "especialidad" o, en todo caso, tal intervención debiera ajustarse a "los demás supuestos previstos en la ley procesal" (art. 44, ibídem), para lo cual, en mi concepto, debiera respetarse la elección voluntaria del interesado, expresa o tácita, sobre el tipo de asistencia técnica que podría demandar un proceso que lo tiene por parte (de acuerdo al citado art. 3º de la ley 12 supletoriamente aplicable en virtud del art. 2 de la ley 402).

En definitiva, la posibilidad de que la Defensa Oficial se arrogue por sí la facultad de recurrir una resolución ante nuestro Tribunal, en procura de un interés personal que no posee o en resguardo del interés de un contraventor que no representa y cuya voluntad desconoce, está, a mi criterio, totalmente excluida. Ello así, porque si bien existen determinadas actuaciones judiciales en las cuales resulta conveniente reconocer —con generosidad y amplitud— legitimación para realizar planteos constitucionales y deducir impugnaciones a favor de una persona que no está en condiciones de hacerlo, directamente o por medio de sus representantes legales o convencionales (por ejemplo, el hábeas corpus), tengo la absoluta convicción y se-

guridad de que un proceso contravencional como el presente, en el cual un presunto contraventor no se ajusta a derecho, no es una de ellas. No es tarea del Ministerio Público de la Defensa suplir la inactividad o desidia del presunto contraventor ni prescindir del interés o voluntad de una parte que se resiste a ser considerada tal, toda vez que, de acuerdo a mi opinión acerca de este asunto, el hecho de que en la Ciudad se intente asegurar un adecuado ejercicio del derecho de defensa en juicio de todo contraventor, garantizándole una efectiva asistencia jurídica (art. 42.3 de la ley 1903), no puede ser entendido de una manera puramente simbólica, sino que necesariamente debe tener lugar un real "asesoramiento técnico" del contraventor, para lo cual, primero, debe presentarse al proceso. En las condiciones descriptas el tratamiento de las cuestiones propuestas en el recurso de hecho que aquí se analiza se encontraría formalmente vedado, por cuanto el déficit señalado conduciría inexorablemente a su rechazo.

2. Sin perjuicio de lo expresado acerca de la ausencia de legitimación procesal del Ministerio Público de la Defensa para excitar autónomamente la jurisdicción de este Tribunal, no es ese el argumento que provoca el rechazo de esta queja, o no lo es íntegramente, sino que, tal como lo sostuvieron los integrantes del tribunal de Alzada y lo dictaminó el Fiscal General Adjunto, el recurso de inconstitucionalidad que aquí se defiende no se dirigió contra una *sentencia definitiva*, ni resolución equiparable a ella (art. 27 de la ley 402).

El Tribunal también ha dicho que la decisión objetada no sólo no pone fin al proceso, sino que tampoco ocasiona a quien la cuestiona un gravamen de imposible o insuficiente reparación ulterior. En este sentido, tal resolución de ningún modo puede ser equiparada a una sentencia definitiva, por cuanto la determinación de remitir un sumario a la "Unidad Administrativa de Control de Faltas", resuelta, por cierto, a escasos días de que tuviera lugar el hecho, sólo implica ordenar el proceso y no ponerle fin (conf. voto conjunto "Pantigioso Flores, Armando s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Pantigioso Flores, Armando s/art. 41, CC'", expte. nº 2119/03, sent. del 9/4/2003). Eventualmente, si existiera, o se suscitara, algún cuestionamiento jurídico o constitucional en sede administrativa, éste podría tramitar por ante el fuero Contravencional y de Faltas si aquella fuera, en rigor, la voluntad del administrado (art. 24 de la ley 1217).

3. En consecuencia, voto por *rechazar* la queja interpuesta.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. La queja deducida por el Defensor General a fs. 24/35 vta. no puede prosperar, pues el recurso de inconstitucionalidad que ésta pretende defender no ha sido dirigido contra una sentencia definitiva o equiparable a tal (conf. art. 27 de la ley 402).

1.1. Conforme surge del art. 27 de la ley 402 el recurso de inconstitucionalidad "...se interpone contra *las sentencias definitivas* del tribunal superior de la causa..." (sin resaltar en el original), regla a la que sólo cabe hacer excepción cuando la apli-

cación literal de dicho artículo frustra el ejercicio útil de la competencia que a este Tribunal le viene encomendada a través del art. 113, inc. 3º de la CCBA, es decir, conocer "…en todos los casos que versen sobre la aplicación de normas contenidas en al Constitución Nacional o en esta Constitución" (conf. mi voto *in re* "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Díaz, David Domingo s/inf. art. 189 bis, C.P. —apelación—'", expte. nº (4979), sent. del 23/5/2007).

Como lo he sostenido con anterioridad, y en lo que ahora importa, dicho supuesto de excepción tiene lugar cuando se encuentran conculcados derechos consagrados en las fuentes indicadas más arriba sólo susceptibles de tutela inmediata, como lo es, entre otros, la garantía del *non bis in idem* porque dicha garantía consiste precisamente en evitar la continuación del proceso (conf. mi voto *in re* "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'", expte. nº 3739, resolución del 9/3/2005); situación esta última que, aunque invocada por la defensa, no se encuentra acreditada en autos. En primer lugar, porque los argumentos que el señor Defensor Oficial formula bajo el título violación de la garantía del *non bis in idem* son fruto de una reflexión tardía, atento que fueron desarrollados por vez primera en la queja. En segundo término, porque aun cuando cupiere tener a dicho agravio por formulado en término, lo cierto es que la defensa no muestra que se haya dado alguno de los supuestos que darían lugar a la violación de esa garantía, es decir, que se haya perseguido al imputado dos veces por el mismo hecho, o que el riesgo de ser condenado al que fue sometido, haya sido uno que excede el definido por el legislador (conf. mi voto *in re* "Montero Montero", ya citado).

La Cámara, en lo que ahora importa, resolvió revocar la decisión de primera instancia en cuanto ordenó archivar las actuaciones, y dispuso la remisión de ellas a la Unidad Administrativa de Control de Faltas. Para comprender los alcances de esa decisión resulta necesario repasar las constancias de la causa. Tal como surge de la resolución de la Sala I de la Cámara CyF, de fecha 22/10/2007, al señor Bernardo Javier González Baez se le labró un acta por la presunta comisión de la contravención prevista en el art. 83 del CC, y le secuestraron 20 panes chipá (v. fs. 12). Aunque la fiscal entendió que la conducta imputada podía constituir, en lugar de una contravención, una violación al régimen de faltas, decidió remitir la causa, con carácter previo, a la justicia contravencional y de faltas para que se expida con relación a si la forma en que fue llevado el secuestro resultaba adecuado a la luz de las previsiones del art. 21 de la LPC. La jueza de primera instancia resolvió no convalidar el secuestro de los elementos mencionados en razón de no existir verosimilitud suficiente en el derecho. Asimismo, y en lo que ahora importa, resolvió archivar las actuaciones. Fundó ésta decisión en la ausencia de una acusación por parte de la fiscal con relación a una contravención, sin que ello significase un pronunciamiento con relación a la falta sino, en todo caso, uno relativo al trámite que debía darse a la investigación de esa falta. En este orden de ideas, la jueza de

primera instancia sostuvo que "…atento a las consideraciones efectuadas por el señor Fiscal [...] el hecho imputado no constituye contravención" (fs. 4 vta.). Esta última decisión fue apelada por la fiscal, conforme las facultades que le acuerda el art. 50 de la LPC —facultades que no fueron tachadas de inconstitucionales—, en la inteligencia que le dificultaba llevar las presentes actuaciones a la mencionada Unidad Administrativa. A su turno, para arribar a la solución que luce al inicio de este párrafo, la Cámara señaló, en lo que al planteo importa, que el hecho "...tal como refiere la titular de la acción podría quedar subsumido en el régimen de faltas (art. 4.1.2 de la ley 451) [...] De este modo, en opinión de este Tribunal, corresponde revocar la resolución impugnada en cuanto dispone el archivo de los presentes actuados, y remitirlos a la Unidad Administrativa de Control de Faltas a fin de que dicho organismo determine si la conducta presuntamente llevada a cabo por Bernardo Javier González Baez ha vulnerado el art. 4.1.2 de la ley 451". Concluyó su razonamiento afirmando que "[d]icha decisión '...sólo implica ordenar el proceso y no ponerle fin. Eventualmente, en caso de presentarse algún recurso, éste tramitará ante el fuero contravencional y de faltas...' *(sic)* (TSJBA. 'Pantigioso Flores, Armando s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado', expte. nº 2119..." (fs. 13 vta./14).

1.2. A fin de establecer si existe relación directa entre lo resuelto en la causa y la cuestión propuesta por el Defensor General, esto es, si la decisión del *a quo* de remitir las actuaciones a la Unidad de Faltas resulta violatoria del la garantía del *non bis in idem,* conviene comenzar por analizar la ley.

Los mismos jueces han sido investidos tanto de la competencia para resolver en materia de contravenciones como para juzgar, en los términos del art. 24 de la ley 1217, las faltas previstas en la ley 451. Sin perjuicio de que no sea ésta la oportunidad para profundizar en la actividad que desarrollan los Controladores y, en particular, en la relación que existe con la que les corresponde ejercer a los jueces contravencionales y de faltas con arreglo al art. 24 y concs. de la ley 1217, lo cierto es que los actos emitidos por los Controladores tienen, por su objeto, naturaleza jurisdiccional y, consecuentemente, una vez firmes, gozan de la estabilidad propia de la cosa juzgada judicial, por lo que no pueden ser ni revisados ni modificados. Por lo mismo, el juzgamiento que la ley posibilita requerir de los órganos permanentes del poder judicial es pleno, esto es, no reconoce límites fundados en la necesidad de preservar el ámbito de ejercicio de la función administrativa por el poder administrador, en el marco de la división de poderes.

En virtud de las competencias señaladas al comienzo del párrafo que antecede, los jueces contravencionales podrían verse en situación de resolver acerca de la existencia de una falta en ocasión de estar convocados a hacerlo respecto de una contravención. Ejemplo de ello son los casos en que las razones para decidir que no ha tenido lugar una contravención implican que tampoco pudo haber ocurrido una falta, como sucede cuando el juez considera que no aconteció un hecho cuya presencia es indispensable tanto para uno como para el otro tipo de conducta ilícita. Si en un supuesto de esa especie, el juez debe pronunciarse acerca de la contraven-

ción no puede evitar sentar conclusión en calidad de cosa juzgada acerca de la falta, y esa decisión no podría ser revisada por el controlador, ni, una vez firme, por otro juez. Pero ello no fue lo ocurrido en autos.

De la reseña efectuada en el punto 1.1, párrafo tercero, surge que los jueces de mérito, que, a falta de requerimiento fiscal, no se abocaron a establecer si había sido cometida una contravención, entendieron, en cambio, que, tal como lo había solicitado la fiscal, resultaba pertinente remitir las actuaciones a la Unidad de Faltas con el objeto de que se investigase la posible comisión de una falta. Es ésta una resolución explicable a la luz de lo que dispone el art. 12 de la ley 1217 acerca de la posibilidad de que el imputado eluda el procedimiento de faltas por medio del pago voluntario, derecho cuyo ejercicio no está contemplado en sede judicial, a menos que el pronunciamiento consistiera en una absolución cuyo mérito conllevase igual criterio respecto de la posible falta. Esa decisión unida a la forma en que fue adoptada priva de relación directa la garantía del *non bis in idem* con lo resuelto en autos. En primer lugar, porque, a diferencia de lo que sostiene la defensa, el imputado nunca estuvo sometido al proceso que regula la ley 12. La presentación que efectuó el Ministerio Público Fiscal ante dicho fuero, únicamente, tuvo como objeto obtener un pronunciamiento con relación a la medida precautoria adoptada y, a su vez, la decisión vertida por los jueces de mérito acerca de la contravención no fue fruto de un debate sino de la falta de una imputación por parte del Ministerio Público Fiscal con relación a dicha conducta. En tales condiciones, el proceso al que se lo recondujo, —el que tiene por fin dilucidar la existencia o no de una "falta", en particular, la prevista en el art. 4.1.2, de la ley 451— es el primer proceso al que va a estar sometido el imputado. En segundo término, porque los motivos señalados impiden adentrase al análisis de un posible incremento del riesgo en el proceso al que estaba sometido, puesto que, por lo expuesto *supra,* no podríamos hablar de la existencia de proceso en el *sub examine.*

Lo dicho lleva, asimismo, a desechar la aplicación al caso de la doctrina sentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) en la causa "Loayza Tamayo vs. Perú" (sent. del 17/9/1997), también invocado por el Defensor General en la queja para respaldar el agravio relativo a la vulneración de la garantía del *non bis in idem*. No obstante que la recurrente sostiene que "[e]n el caso citado [*sic, rectus*: resuelto] por la CIDH, la decisión asumida por la Cámara vulnera el art. 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos" (fs. 28 vta.), las condiciones relevantes consideradas por la CIDH en dicha oportunidad para arribar a la conclusión de que el Estado de Perú había vulnerado el mencionado artículo de la CADH no presentan analogía con la situación acaecida en autos. En efecto, a diferencia del caso *sub examine*, en dicho precedente, la CIDH juzgó vulnerada esa garantía sobre la base de que la señora María Elena Loayza Tamayo había sido sometida a un proceso en el fuero militar por el delito de traición a la patria del que resultó absuelta y, con posterioridad, en base a los mismos hechos, juzgada y condenada en la jurisdicción ordinaria por el delito de terrorismo. En este orden de ideas, la CIDH señaló que "en el presente caso la señora María Elena

Loayza Tamayo fue absuelta por el delito de traición a la patria por el fuero militar, no sólo en razón del sentido técnico de la palabra 'absolución', sino también porque el fuero militar, en lugar de declararse incompetente, conoció de los hechos, circunstancias y elementos probatorios del comportamiento atribuido, los valoró y resolvió *absolverla*" (la negrita me pertenece); situación que difiere, como ya señalé, de la ocurrida en autos. Es preciso reiterar que en estos actuados el primer proceso al que se vería sometido el señor Bernardo Javier González Baez sería aquel que tenga lugar en la Unidad Administrativa de Faltas, sin que haya recaído una decisión acerca de los hechos imputados. Consecuentemente, tampoco a la luz de la interpretación realizada por la CIDH en relación a la garantía involucrada es posible conmover la solución propiciada en los párrafos precedentes.

1.3. Por último, cabe señalar que, el instituto de la cosa juzgada impide que se genere una nueva discusión acerca de cuestiones sobre las que recayó una decisión judicial firme del fuero competente para adoptarla o, lo que es lo mismo, esas cuestiones deberán ser tenidas por ciertas por aquellos órganos que deban expedirse sobre la base de ellas para resolver. Trasladada dicha regla a supuestos en que la Unidad de Faltas recibe las actuaciones luego de que transitaron por el procedimiento que regula la ley 12 —porque resultan coincidentes los hechos imputados tanto para la concreción de una figura contravencional como la de una falta—, el Controlador Administrativo de Faltas, no podrá apartarse, durante la investigación, de los hechos acerca de los cuales se expidieron los jueces. Esto es así, porque, aunque lo atinente a la existencia y alcance de la cosa juzgada es materia reglada por leyes procesales, en los procesos de naturaleza penal esas normas adjetivas se encuentran condicionadas por el mandato de satisfacer las garantías constitucionales del *non bis in idem* y la de ser juzgado en un plazo razonable. No cabe extenderse acerca del asunto, puesto que no formó parte de los agravios de la defensa un planteo con tal alcance.

2. Igual suerte debe seguir el planteo relativo a la supuesta violación del derecho a tener un juicio razonablemente rápido. Si bien el recurrente sostiene que "[l]a revocación del archivo del expediente hace que la reconducción del trámite administrativo además se torne una extensión abusiva de los tiempos del proceso" (fs. 30 vta.), los argumentos que desarrolla la defensa para sustentarlo carecen de relación directa con la garantía invocada, en tanto no tienen por fin acreditar que los jueces de la causa hayan extendido el proceso contravencional más de lo razonable, y el recurrente no muestra que el proceso de las actuaciones haya estado sometido a dilaciones injustificadas ni, menos aún, que el reenvío de las actuaciones a faltas importara retrotraer el proceso a etapas anteriores; situación que priva a esas aseveraciones de relación directa con lo resuelto en la causa.

3. Respecto del agravio relativo a la supuesta violación del principio acusatorio, el recurrente postula que del juego armónico de los arts. 21 y 39 de la ley 12 ante la falta de una imputación fiscal acerca de un tipo contravencional el juez lo único que puede hacer es ordenar el "…archivo de las actuaciones…" (fs. 31 vta.). Dicho agravio versa acerca de la interpretación que corresponde asignar a la

ley procesal (en especial, art. 21 de la ley 12), interpretación que, por regla, resulta propia de los jueces de mérito y ajena a competencia de este Tribunal. No cabe, por una parte, hacer excepción a dicha regla en el *sub examine* y, por la otra, el agravio, tal como fue formulado, no resulta susceptible de tutela inmediata, por lo que, en todo caso, podrá ser formulado contra una hipotética sentencia de condena.

4. No puede ser tratado el agravio dirigido a controvertir la existencia misma del régimen de faltas que construye la defensa sobre la base de una comparación entre las penas y garantías procesales previstas en el proceso contravencional y en el de faltas, porque formulado por vez primera en la queja, el Tribunal lo estaría tratando en instancia originaria.

5. Finalmente, más allá de su relevancia intrínseca, resolver la objeción dirigida por el señor Fiscal General Adjunto contra la personería de la "defensa oficial" requeriría un examen de las actuaciones principales que dilataría innecesariamente su trámite y sería por el momento inconducente en razón de la forma en la que se resuelve.

6. Por la razones apuntadas en mi voto en la causa "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad en: 'Ronchetti, Leonardo s/art. 47, CC —apelación— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado'", expte. nº 3996/05, resolución del 14/9/2005, voto por declarar no exigible el depósito previsto en el art. 34 de la ley 402.

Por ello, y lo concordantemente dictaminado por el Fiscal General Adjunto, voto por rechazar la queja deducida a fs. 24/35 vta.

El juez José O. Casás dijo:

1. En primer lugar, en cuanto a la denuncia de "falta de legitimación" que, en torno a la actuación del Ministerio Público de la Defensa en estas actuaciones, efectúa el señor Fiscal General Adjunto en su dictamen de fs. 41/43, cabe puntualizar lo que sigue.

Tal como lo señala en su voto la doctora Ana María Conde, según lo disponen las normas específicas que en la materia determinan la forma en que el defensor oficial puede asumir la representación de un imputado, la intervención de los integrantes del Ministerio Público de la Defensa no es promiscua ni indiferente a la voluntad del sujeto sometido a proceso contravencional (arts. 1º, 3º, 37, ley 12).

Sin embargo, lo cierto es que, en el caso, más allá de la anomalía en torno a la interpretación que de las normas aplicables al caso realizaron los jueces de la causa al disponer la intervención de la Defensoría Oficial (ver punto VII de fs. 12 vta.), la participación de un defensor oficial en el control de medidas como las que dieran origen a la impugnación en estudio no pone en juego garantía constitucional alguna.

Así las cosas, negar, sin más, al señor Defensor General la posibilidad de recurrir en queja ante este Tribunal podría en todo caso poner en juego la defensa en juicio de los intereses del imputado, respecto de quien, por lo demás, al menos en base a las constancias del expediente con las que este Tribunal cuenta para resolver

la cuestión planteada —aun considerando la certificación obrante a fs. 40— no puede afirmarse certeramente que no se encuentre a derecho ni lo contrario.

Lo expuesto me impide, en este caso, atender el planteo de "falta de legitimación" efectuado por el señor Fiscal General Adjunto y expedirme sobre el punto en forma expresa. Más aún, a tenor de la solución a la que arribo en el punto siguiente de mi voto.

2. Sin perjuicio de lo hasta aquí expresado, la queja interpuesta a fs. 24/35 debe ser rechazada pues el recurso de inconstitucionalidad que viene a defender no fue interpuesto contra una sentencia definitiva u otra decisión que pueda serle equiparada (art. 27, ley 402).

Al respecto, este Tribunal ha sostenido en reiteradas ocasiones que la decisión que dispone la remisión de las actuaciones a la Unidad Administrativa de Control de Faltas sólo implica ordenar el proceso y no ponerle fin. Tampoco se ha demostrado en el caso que aquella decisión, adoptada cuando el proceso se encuentra recién iniciado, configure un agravio no susceptible de una subsanación ulterior adecuada o suficiente como lo sostiene el señor Defensor General en su recurso de hecho (conf. "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional Nº 7— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Cruz Martínez, Eugenia s/art. 41, CC'", expte. nº 2571, resolución del 5/11/2003; "Pantigioso Flores, Armando s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Pantigioso Flores, Armando s/art. 41, CC", expte. nº 2119; "Gómez Arismendi, Lina s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Gómez Arismendi, Lina s/art. 41, CC", expte. nº 2120; "Meza, Matías s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Meza, Matías s/art. 41, CC", expte. nº 2129 y "Massa, Orlando s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Massa, Orlando s/art. 41, CC", expte. nº 2130, todas resoluciones del 9/4/2003). Nada en el caso indica que la situación sea distinta a la de los precedentes citados.

Cabe agregar que, además, las argumentaciones que la queja incluye en torno a la supuesta vulneración en el caso de la prohibición del *bis in idem* y a las alegadas consecuencias más gravosas del sistema de faltas (leyes 541 y 1217) son el producto de una reflexión tardía, dado que fueron introducidas por primera vez en la queja en estudio, con lo que la cuestión que se pretende traer ahora a conocimiento de este Tribunal no fue planteada ante los jueces de mérito, quienes, en consecuencia, no la consideraron.

3. Por las razones expuestas en los puntos precedentes, corresponde rechazar la queja interpuesta a fs. 24/35.

Así lo voto.

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja agregado a fs. 24/35.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita esta queja a la Sala I de la Cámara CyF.

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

En similar sentido se resolvió en las causas 5611/07 "Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'González, Marina Estela s/infr. art. 83, ley 1472'", nº 5770/08 "Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Zabalaga Villavicencio, Hermenegildo s/inf. art. 83, CC'", nº 5614 "Ministerio Público —Defensor General de la Ciudad de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Cáceres Jara, Ramona s/inf. art. 83, CC (ley 1472)'", y nº 5615 "Ministerio Público —Defensor General de la Ciudad de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Velázquez Molina, Ciriaco David s/inf. art. 83, CC'", también del 28/5/2008.

CV

"MOAVRO AITA, KARINA ANDREA C/CAJA DE SEGURIDAD SOCIAL PARA ABOGADOS DE LA CABA S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Cuestión federal. Cuestión de derecho público local. Caja de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad de Buenos Aires (CASSABA). Arbitrariedad de sentencia. Superposición de aportes previsionales.

SUMARIOS:

1. El recurso extraordinario federal no puede ser admitido pues no se explica ni se logra fundamentar de qué modo el plexo de reglas locales mencionado y los derechos y principios constitucionales invocados se vinculan para configurar la cuestión federal a la que se alude. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

2. Los planteos referidos a la afectación del art. 102 de la CCBA non es idóneo para fundar un caso que habilite la competencia de la Corte Suprema de la Nación, pues exigen interpretar disposiciones de la Constitución local que regulan y atribuyen la potestad reglamentaria de las leyes. *(Voto del señor juez B. J. Maier).*

3. La admisibilidad del recurso extraordinario por la causal de arbitrariedad es estricta, pues atiende a cubrir casos de carácter excepcional, supuestos y desaciertos de extrema gravedad que justifica la descalificación de determinadas sentencias como actos judiciales válidos, y no tiene por objeto corregir fallos equivocados o que se consideran tales. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

4. El recurso extraordinario federal deducido por la actora debe declararse inadmisible pues no se encuentra involucrada una cuestión federal, ni presenta una refutación concreta y suficiente de los fundamentos en que se basa la sentencia recurrida, desde que lo relativo al alcance subjetivo y exigibilidad del sistema previsional creado por la ley 1181 y reglamentado por la resol. 004-A/05 dictada por la Asamblea de CASSABA, es una cuestión de derecho público local. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

5. La tacha de arbitrariedad aducida por el recurrente es inadmisible, ya que constituye una mera discrepancia que no demuestra cuáles serían sus defectos lógicos o argumentativos o de qué forma la sentencia quedaría descalificada como acto judicial. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

6. La tacha de arbitrariedad es inadmisible pues se limita a poner de manifiesto el desacuerdo del recurrente con las razones en que se funda la sentencia, sin advertir que ella 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 válidos. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

7. La existencia de una cuestión constitucional local a los fines del recurso de inconstitucionalidad (art. 27, Ley local 402) no significa directamente que, en el caso, también se presente una cuestión federal, en los términos del art. 14 de la Ley nacional 48. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

8. La admisibilidad del recurso extraordinario federal por arbitrariedad de sentencia es estricta, pues atiende a cubrir casos de carácter excepcional 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. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

9. El agravio referido a la lesión por la reglamentación local de la prohibición de superposición de aportes previsionales, conforme al art. 14 bis de la C.N., menciona uno de los casos genéricos establecidos en el art. 14 de la Ley nacional 48, reguladora en origen del recurso extraordinario federal, y así se refiere a una cuestión federal, que justifica conceder parcialmente el recurso. *(Voto en disidencia del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. nº 5500/07 - 28/5/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

Karina Andrea Moavro Aita interpuso recurso extraordinario federal (fs. 454/472) contra la decisión de fecha 5/3/2008 (fs. 389/449) por la que el Tribunal decidiera hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Caja de

Seguridad Social para Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, revocar la sentencia de fs. 319/323 vta., que confirmó la de fs. 245/251, y rechazar la acción de amparo planteada por la parte actora.

Corrido el traslado pertinente, CASSABA solicitó su rechazo (fs. 475/490).

FUNDAMENTOS:

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. La recurrente ha cumplido con los requisitos formales exigidos por la ley para la interposición del recurso.

Los agravios planteados en el recurso tratan, centralmente, sobre tres cuestiones: *a)* la incompetencia de la CASSABA para reglamentar la ley, de acuerdo con el art. 102 de la CCBA, *b)* la inconstitucionalidad del art. 5º del reglamento de la ley local 1181, por incurrir en un exceso reglamentario que lesiona el principio de legalidad tributaria, y *c)* la inconstitucionalidad del art. 5º del reglamento de la ley local 1181, por contrariar la prohibición de superposición de aportes establecida por el art. 14 bis de la Constitución nacional.

Debo recordar que la decisión del Tribunal al resolver el recurso de inconstitucionalidad planteado por CASSABA sólo tuvo en cuenta su agravio dirigido cuestionar la sentencia de la Cámara en cuanto reputó irrazonable el contenido concreto de la reglamentación, particularmente su art. 5º —que fue la razón excluyente por la que la Cámara confirmó el fallo apelado—. Así lo expresé en mi voto. "Ésta es la única cuestión material que someteremos a nuestra consideración, pues el recurso sólo puede dirigirse a criticar la resolución fundada en esta afirmación y a pretender una decisión opuesta".

Esta circunstancia no puede impedir a la actora replantear las cuestiones y argumentos que se decidieron en forma adversa a su demanda. Ellos no la habilitaron para recurrir la sentencia final ante el TSJBA, pues, a pesar de esa realidad, su pretensión resultó vencedora tanto en primera como en segunda instancia. No cabe exigir, entonces, que el vencedor plantee nuevamente aquellos argumentos que no fueron acogidos, en un acto extremo de afirmar su supervivencia.

2. Aunque la actora no se hace cargo de considerar las razones que expuse en los puntos 4, 5 y 6 de mi voto —concurrente con los votos de los jueces Casás, Conde y Lozano para hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad de CASSABA y rechazar el amparo—, referidas a que no se ha verificado, en el caso, las condiciones constitucionales exigidas para la procedencia del amparo (textualmente la señora Moavro Aikita afirma "Nos abstenemos de refutar ese argumento..."), entiendo que ello no obsta la consideración de sus planteos, pues ellos están dirigidos a cuestionar los tres votos que, en sentido sustancialmente coincidente, determinaron el contenido de la sentencia objetada.

3. El primer agravio que introduce en el recurso no plantea una cuestión federal. Los planteos referidos a la afectación del art. 102 de la CCBA no son

idóneos para fundar un caso que habilite la competencia de la CSJN, pues exigen interpretar disposiciones de la Constitución local que regulan y atribuyen la potestad reglamentaria de las leyes. Que existiera una cuestión constitucional local a los fines del recurso de inconstitucionalidad (art. 27, ley local 402) no significa directamente que, en el caso, también se presente una cuestión federal, en los términos del art. 14 de la ley nacional 48.

4. La segunda cuestión sobre la que trata el recurso extraordinario es el presunto exceso en que incurre el art. 5 del reglamento de la ley 1181, que afectaría el principio de legalidad que regula la contribución previsional. La recurrente alega la arbitrariedad de la sentencia de este Tribunal (crítica a los votos de los jueces Conde, Casás y Lozano). Sin embargo, cualquiera que sea mi posición personal sobre el motivo, la admisibilidad del recurso por esta causal, establecida por la Corte Suprema a partir de *Fallos,* 184:137, es estricta, pues atiende a cubrir casos de carácter excepcional (*Fallos,* 312:246, 389, 608, entre otros) y no tiene por objeto corregir fallos equivocados o que se consideran tales, sino que atiende sólo a los supuestos y desaciertos de gravedad extrema cuando, a causa de ellos, esos fallos quedan descalificados como actos judiciales válidos (*Fallos,* 294:376). En el caso, los agravios sólo traducen la disconformidad de la recurrente con la interpretación de normas locales (legales y reglamentarias), que constituyen el fundamento de la decisión. La recurrente no tomar debidamente a su cargo la exposición de los diversos fundamentos desarrollados en la sentencia del Tribunal para sustentar la interpretación de la ley 1181 y su reglamentación. Por lo contrario, se advierte que lo expuesto por la impugnante resulta ser una reiteración de planteos formulados con anterioridad.

5. El tercer motivo del recurso se refiere a la lesión por la reglamentación local de la prohibición de superposición de aportes previsionales, conforme al art. 14 *bis* de la C.N. Cualquiera que sea mi opinión al respecto, el recurso menciona uno de los casos genéricos establecidos en el art. 14 de la ley nacional 48, reguladora en origen del recurso extraordinario federal, y así se refiere a una cuestión federal. El recurso cuestiona la validez de la norma local —la ley 1181 y su reglamentación— por considerar que contraría a la Constitución Nacional —art. 14 bis— y la decisión impugnada sostuvo la validez de la regla local citada. Se trata de una cuestión oportunamente introducida en el juicio (ver demanda, fs. 9 vta.) y mantenida en las oportunidades debidas (contestación del recurso de apelación interpuesto por CASSABA, fs. 293, y contestación del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por CASSABA, fs. 363).

En relación con este agravio el recurso debe ser concedido, de conformidad a lo dispuesto por el art. 14, inc. 2º, de la ley nacional 48 (conf. voto del juez Luis F. Lozano en los autos "Ortiz Massey, Ramiro y otra c/Caja de Seguridad Social para Abogados de la CABA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 5306/07, resolución del 27/12/2007).

6. De acuerdo a lo que he expresado en los puntos anteriores corresponde conceder parcialmente el recurso interpuesto por la actora a fs. 454/472, e imponer las costas de la instancia en el orden causado, por existir vencimientos recíprocos.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Adhiero al voto de mi colega, el juez Julio B. J. Maier.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

El recurso extraordinario federal obrante a fs. 455/472 fue presentado por escrito, ante el tribunal superior de la causa, y dentro del plazo previsto en el art. 257 CPCCN. También cumple con los requisitos formales previstos en los arts. 1º y 2º de las "Reglas para la interposición del recurso extraordinario federal" que fueran aprobadas por la Acordada 4/07 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sin embargo, no puede ser admitido pues no cumple con lo establecido en el art. 3º, inc. e) de dicho reglamento.

La actora en su escrito sostiene que existe una "cuestión federal compleja directa" (fs. 457). Intenta fundarla enumerando por un lado ciertas normas locales que fueron consideradas en la sentencia del Tribunal (v. gr. resol. CASSABA 04-A/05, ley 1181), y por otro una serie de principios y derechos consagrados en la Constitución Nacional. Concretamente se refiere a los derechos de propiedad, a trabajar y ejercer industria lícita, a que no exista superposición de aportes destinados a la seguridad social, y a los principios de primacía constitucional, de razonabilidad, de división de poderes y de legalidad tributaria.

Ahora bien, lo que la actora no explica ni logra fundamentar en el desarrollo del recurso es de qué modo el plexo de reglas locales mencionado y los derechos y principios constitucionales indicados arriba se vinculan para configurar la cuestión federal a la que ella alude.

Por tal motivo, y de conformidad con lo prescripto por el art. 11 del reglamento referido, el recurso debe ser desestimado por inoficioso. Así lo voto. Costas por su orden.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. El recurso extraordinario federal deducido por la actora, no obstante dar cumplimiento a los requisitos extrínsecos exigidos ritualmente, debe declararse inadmisible pues no se encuentra involucrada una cuestión federal, ni presenta una refutación concreta y suficiente de los fundamentos en que se basa la sentencia recurrida.

2. En primer término, cabe destacar, como ya lo he dicho en "Fornasari, Norberto Fabio c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. 4911/06, resolución del 3/7/2007, que lo relativo al alcance subjetivo y exigibilidad del sistema previsional creado por la ley 1181 y reglamentado por la resol. 004-A/05 dictada por la Asamblea de CASSABA, es una cuestión de derecho público local.

CASSABA es una persona jurídica de derecho público local, no estatal, que tiene como misión hacer efectivo el sistema de seguridad social para abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires creado por la ley 1181, dictada por la Legislatura porteña. No se advierte, entonces, cuál sería el interés federal comprometido en esta causa, en la que se discute si deben realizar aportes a dicho sistema una determinada categoría de abogados —los que ejercieron su derecho a optar por otra caja previsional.

En síntesis, el recurrente pretende que se revise la interpretación de una norma de derecho público de la Ciudad de Buenos Aires —resol. 004-A/05 dictada por la Asamblea de CASSABA—, *cuestión local* claramente ajena al ámbito del presente recurso.

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

No existe cuestión federal si los agravios involucran cuestiones de derecho público local (*Fallos,* 315:1074) o si se trata de determinar el contenido y extensión de las diferentes acciones previstas en la legislación (*Fallos,* 315:1644). La Corte no está autorizada para modificar la interpretación de las normas locales llevadas a cabo por los jueces provinciales, sino sólo para revisar la compatibilidad de las normas así interpretadas con la Constitución Nacional (*Fallos,* 319:687).

3. Por otra parte, tal como lo expresé en la resolución dictada el 18/4/2007 en la causa "Fornasari" (a la que me remití en la sentencia recurrida) y por los fundamentos allí expuestos, "CASSABA está facultada para reglamentar el sistema previsional creado por la ley 1181, goza de competencia para ello en su carácter de autoridad de aplicación".

El pretendido agravio constitucional planteado por la recurrente, consistente en que la reglamentación del art. 5º de la ley 1181 —dictada por la Asamblea de CASSABA— habría afectado la potestad reglamentaria conferida al Poder Ejecutivo local por los arts. 102 y 104, CCBA, carece de solidez y vuelve a girar sobre los mismos argumentos analizados y desestimados por este Tribunal, al resolver el recurso de inconstitucionalidad. En consecuencia, el recurrente no ha cumplido la carga de refutar *suficientemente* los fundamentos que dan sustento a la decisión apelada.

Y por otra parte, la discusión relativa a cómo se distribuye y quién detenta el poder reglamentario en la Ciudad de Buenos Aires, es una cuestión de derecho público local que debe resolverse ante los tribunales de justicia porteños y a la luz de las normas locales, y por todo ello constituye una temática claramente ajena al recurso extraordinario federal interpuesto.

4. En cuanto al presunto "exceso reglamentario" en que habría incurrido el art. 5º de la reglamentación de la ley 1181, que —según la actora— sería violatorio de los arts. 28 y 31, C.N. y del principio de legalidad tributaria, el recurrente incurre en la misma falencia mencionada precedentemente, ya que se limita a insistir con los mismos argumentos ya analizados y rechazados por el Tribunal al resolver el recurso de inconstitucionalidad.

En la sentencia atacada por medio de este recurso, dije que "lo que hace la reglamentación del art. 5 de la ley 1181 es subsanar una redacción que podía generar ciertas dudas, y aclarar algo que se desprende de las restantes disposiciones de dicha ley y del propio régimen de reciprocidad previsional al que la ley 1181 ordena adherir: que *todos los abogados con matrícula en la Ciudad de Buenos Aires y que desarrollen tareas profesionales en esta jurisdicción deben considerarse afiliados a CASSABA,* y deben realizar obligatoriamente aportes a dicha Caja. Esta solución es la más coherente con el carácter obligatorio del sistema, con el principio de solidaridad que lo gobierna, y con las restantes disposiciones de la ley 1181 y del convenio de reciprocidad resol. 363-SSSS/81, interpretadas armónica, previsora y teleológicamente". Esta fundamentación no ha sido controvertida adecuadamente por el recurrente, ni ha sido demostrado de qué manera colisiona con derechos y garantías de la Constitución Nacional, lo que, además, impide tener por configurada una "cuestión federal".

5. Respecto a la presunta violación a la prohibición constitucional de superponer aportes, el recurrente demuestra su mera discrepancia con el criterio seguido por el fallo recurrido, sin que se observe una crítica concreta y pormenorizada de los fundamentos allí expuestos.

He dicho en la resolución recurrida que "...lo que prohíbe el art. 14 bis, C.N. es que por una misma actividad desarrollada en un ámbito jurisdiccional, un mismo sujeto deba realizar aportes previsionales en dos o más Cajas distintas. Pero sí está permitido que una actividad realizadas en ámbitos jurisdiccionales distintos implique la obligación de tributar aportes en cajas distintas. Este último supuesto es el que ocurre en autos, ya que el sistema previsional creado por la ley 1181 solo exige realizar aportes a CASSABA por los servicios profesionales desarrollados en la Ciudad de Buenos Aires, y no por los trabajos realizados en otra jurisdicción...".

Esta línea argumental no ha sido refutada por el recurrente, quien continúa insistiendo que existe una doble imposición que confisca su patrimonio y que afecta la composición de sus honorarios, pero no demuestra en qué fundamentos basa sus afirmaciones, ni tampoco desarrolla los motivos por los que considera que se encuentra afectado el art. 14 bis de la C.N., lo que impide que se configure en el caso la cuestión federal exigida por la ley 48.

6. Por último, la tacha de arbitrariedad aducida por el recurrente es inadmisible, ya que —como he dicho precedentemente— constituye una mera discrepancia que no demuestra cuáles serían sus defectos lógicos o argumentativos o de qué forma la sentencia quedaría descalificada como acto judicial. Por el contrario, se limita

a poner de manifiesto su desacuerdo con las razones en que se funda la sentencia, sin advertir que "[l]a tacha de arbitrariedad 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 válidos" (*Fallos,* 235:654; 244:384; 248:129, 528 y 584 y otros).

7. En conclusión, el recurrente efectúa una invocación genérica de cláusulas constitucionales supuestamente vulneradas (arts. 14, 14 bis, 17, 18, 19, 28, 31 y 75, inc. 22, C.N.), pero no las desarrolla adecuadamente ni relaciona con la cuestión debatida en la causa de manera que permita sustentar un verdadero caso federal. En tal sentido, los agravios no han sido desarrollados de manera eficiente (conf. art. 280 CPCC) ni sustentados con la argumentación seria y fundada que un recurso de esta naturaleza requiere.

La Corte Suprema ha establecido que la sola mención de preceptos no basta para abrir la vía extraordinaria (doctrina de *Fallos,* 165:62; 181:290; 266:135; 310:2306; y muchos otros) y que la relación directa que la ley exige existe sólo cuando la solución de la causa requiere necesariamente la interpretación del precepto constitucional aducido (*Fallos,* 187:624; 248:129, 828; 268.2479). De otro modo, la jurisdicción de la Corte Suprema sería indebidamente privada de todo límite, pues no hay derecho que en definitiva no tenga raíz y fundamento en la Constitución Nacional, aunque esté directa e inmediatamente regido por el derecho no federal (*Fallos,* 295:335; 310:2306).

8. Por todo lo expuesto, voto por denegar el recurso extraordinario federal interpuesto por la actora a fs. 450/472.

Las costas del presente recurso se imponen a la vencida, por aplicación del principio objetivo de la derrota y por no mediar, en esta ocasión, circunstancias que justifiquen apartarse de él (art. 68, CPCCN).

El juez José O. Casás dijo:

1. Si bien el recurso extraordinario federal de fs. 455/472 ha sido interpuesto en tiempo oportuno, ante el tribunal superior de la causa y contra una sentencia definitiva, el mismo no puede prosperar por las consideraciones que se expondrán a continuación.

2. Tal como lo destaca la señora jueza Ana María Conde en su voto, la lectura del recurso en estudio no permite concluir que la actora haya efectuado una crítica suficiente de los desarrollos expuestos por este Tribunal en la sentencia que hoy la agravia. En efecto, se advierte que, más allá de expresar su postura discrepante y de reiterar los argumentos vertidos en anteriores oportunidades, la recurrente no ha rebatido todos y cada uno de los fundamentos que sustentaron la interpretación integradora y armónica de la ley local 1181 efectuada por este Estrado para rechazar el amparo incoado; circunstancia que no permite tener por cumplida la exigencia que emana de la doctrina de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación vertida

en *Fallos,* 283:404; 302:155; 311:169, 542; 314: 481; 315:59, 325, 1699, 2906; 316:420, 2727, 3026; entre muchos otros.

En particular, estimo que esta conclusión también resulta aplicable al agravio referido a la alegada vulneración a la prohibición constitucional de superposición de aportes, en tanto la actora no ha puesto en crisis el razonamiento efectuado, por el que se sostuvo que, en el caso, se encontraba configurado un supuesto de "multiplicidad" de aportes por estar en juego distintos ámbitos de desempeño que dan origen a las prestaciones a la seguridad social —no reprochable en términos constitucionales—, en lugar de la invocada "superposición".

3. En punto a la alegada arbitrariedad del pronunciamiento de fs. 389/396— y de los fundamentos expresados *in re*: "Fornasari" que la integran—, corresponde recordar que nuestro Alto Estrado ha establecido que esta doctrina debe ser apreciada estricta y restrictivamente, "pues tiende a cubrir casos de carácter excepcional 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; 308:2351, 2456; 311:786; 312:246, 389, 608 y 323:2196, entre muchos otros). Así entonces, más allá del acierto o error de la decisión cuestionada, se advierte que ésta exhibe los fundamentos y consideraciones que le sirvieron de sustento y que los argumentos esgrimidos no resultan hábiles para demostrar la configuración de esta causal de impugnación puesto que sólo trasuntan una mera discrepancia con lo decidido.

Las circunstancias apuntadas son suficientes para sellar la suerte adversa del recurso intentado.

4. Por lo demás, tal como lo advierte mi aludida colega, las cuestiones debatidas en autos se circunscriben a materias propias del derecho público local, por regla, ajenas a la instancia de excepción, sin que la invocación genérica de cláusulas constitucionales permita entender configurado un caso federal que la habilite.

Por las razones expuestas, el recurso extraordinario federal interpuesto por Karina Andrea Moavro Aita debe ser denegado. Las costas se imponen a la vencida, por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 68, CPCCN).

Así lo voto.

Por ello y, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal planteado por Karina Andrea Moavro Aita, costas por su orden.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva como está ordenado a fs. 396, punto 4.

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

CVI

"TELEARTE S.A. EMPRESA DE RADIO Y TELEVISIÓN S/INFR. ART. 5º, INFRACCIÓN A LA LEY 268"

SUSPENSIÓN DEL PROCESO A PRUEBA: Art. 45 del Código Contravencional. Contravención electoral. Veda electoral. Difusión y publicación de los resultados de encuestas electorales. Art. 5º, ley 268. Imposición de reglas de conducta.

Expte. nº 5893/08 - 28/5/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Gonzalo E. D. Viña denunció la violación de la ley 268 en el marco del proceso comicial correspondiente a la elección celebrada el día 24/6/2008 (ver expte. de este Tribunal nº 5361/07 "Elecciones año 2007 —Denuncias", fs. 99/100 y expte. principal nº 5385/07 "Viña, Gonzalo E. D. s/infracción ley 268", fs. 1/2).

El denunciante expresó en dicha oportunidad que "tanto en los programas emitidos por las señales abiertas de aire 'América TV' y 'Canal 9', como en la transmisión del canal de televisión paga '26 TV', se dieron a conocer, desde las dieciocho (18) horas y, al menos, hasta las diecinueve y treinta (19.30) horas, los resultados de las (...) 'encuestas a boca de urna' indicando cuál habría sido, según las estimaciones obtenidas por ese método, la fórmula ganadora de la contienda electoral" pese a la prohibición regulada por el art. 5º, ley 268.

A su modo de ver los hechos descriptos "resultarían constitutivos de la infracción prevista y reprimida en el art. 24, inc. c) de la ley 268" (fs. 2).

2. El Fiscal General ordenó la investigación pertinente en los términos del art. 28, ley 268 y de la ley de procedimiento contravencional (fs. 6, expte. 5385/07 ya aludido), y citó al representante de la empresa Telearte S.A. —licenciataria de Canal 9— a la audiencia prevista por el art. 41, CPC (fs. 153, expte. principal). En el curso de dicho acto se imputó a la empresa haber realizado durante el día 24/6/2007 en el horario de 18 a 21 horas en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la publicación, comentarios y referencias de resultados de encuestas electorales en violación a lo dispuesto en el art. 5º de la ley 268, y se le puso en conocimiento de las pruebas existentes. El señor Carlos Adolfo Gaustein, Presidente de Telearte S.A. Empresa de Radio y Televisión —calidad que acreditó con copia certificada por escribano del acta de la asamblea de accionistas que lo designó (fs. 183/189 del principal)— expresó su intención de analizar la posibilidad de proponer un acuerdo de suspensión de juicio a prueba.

3. El pedido de suspensión del juicio a prueba se materializó mediante el escrito de fs. 3 y dio lugar a la formación del presente legajo (ver fs. 4) y, finalmente, al acuerdo pertinente suscripto por el peticionario y el señor Fiscal General a fs. 26 y vta., en los términos del art. 45 del Código Contravencional.

4. A fs. 27/29 el señor Fiscal General elevó las actuaciones al Tribunal y solicitó que disponga la suspensión del juicio aprueba, imponga las condiciones de conducta acordadas y encomiende su seguimiento a la Oficina de Control de Suspensión de Juicio a Prueba dependiente de ese Ministerio Público Fiscal.

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. El acuerdo celebrado a fs. 26 y vta. entre el Ministerio Público Fiscal y Telearte S.A. Empresa de Radio y Televisión —representada por su Presidente, señor Carlos Adolfo Gaustein— se ajusta a derecho, pues se encuentran reunidos los extremos requeridos por art. 45 del Código Contravencional para la concesión del instituto de "suspensión del proceso a prueba".

2. En efecto, el hecho imputado a la empresa encartada se trata de una contravención electoral contemplada en el art. 24 de la ley 268, que prevé una pena de multa para la violación de la prohibición establecida en su art. 5º —la difusión, publicación, comentarios o referencias, por cualquier medio, de los resultados de encuestas electorales durante el período de veda electoral.[23]

3. Por otra parte, las reglas de conducta concertadas se adecuan a lo estipulado en el párr. 4º del art. 45, CC., y a la naturaleza jurídica del sujeto imputado en autos (ver art. 13, sobre imputación y consecuencias relativas a personas de existencia ideal)

4. Asimismo, conforme se desprende de las constancias de fs. 15, emanadas del Registro de Contravenciones de la Ciudad Autónoma de Buenos aires, no hay antecedentes contravencionales respecto de la persona jurídica de mención, con lo que se verifica el requisito exigido en el art. 45 primer párrafo, del Código citado.

5. Finalmente, no hay elemento de juicio alguno que permita, ni siquiera, presumir la situación o situaciones que menciona el art. 45, primer párrafo, *in fine*, para obstar a la aprobación del acuerdo.

6. Por todo ello, considero que el acuerdo de fs. 26 y vta. debe ser aprobado y, que, consecuentemente, el Tribunal debe suspender el proceso a prueba por el plazo de un (1) año, imponer a Telearte S.A. Empresa de Radio y Televisión las reglas

[23] *Art. 5º* — Desde las cuarenta y ocho (48) horas anteriores a la iniciación del comicio y hasta tres (3) horas después de su finalización, queda prohibida la difusión, publicación, comentarios o referencias, por cualquier medio, de los resultados de encuestas electorales.

de conducta concertadas, encomendar el seguimiento y control del cumplimiento de dichas reglas a la Oficina de Control de Suspensión de Juicio a Prueba dependiente del Ministerio Público Fiscal, a cuyo fin se remitirá el legajo, hacer saber a Telearte S.A. Empresa de Radio y Televisión que, en caso de no cumplir con las reglas de conducta impuestas, se revocará el beneficio concedido y continuará el proceso, de conformidad con lo dispuesto en el art. 45, párr. 5º, *in fine*, del Código Contravencional, y tener como parte integrante de la resolución al acuerdo de vs. 26 y vta., a cuyo efecto se agregará copia certificada. Además, las actuaciones principales deben ser devueltas a la Fiscalía General.

Así lo voto.

Los jueces JULIO B. J. MAIER y ANA MARÍA CONDE dijeron:

Me adhiero al voto del juez José O. Casás.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

El acuerdo celebrado a fs. 26 entre el Ministerio Público Fiscal y Telearte S.A. Empresa de Radio y Televisión —representada por su presidente, Carlos Adolfo Gaustein— satisface los extremos cuyo control pone a cargo del Tribunal el art. 45 del CC.

Por ello, voto por aprobar el acuerdo presentado.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Me adhiero al voto del juez Luis F. Lozano.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1º. *Aprobar* el acuerdo de fs. 26 y vta —que se agrega en copia certificada y se tiene como parte integrante de esta resolución— y, en consecuencia, hacer lugar a la suspensión de proceso a prueba solicitada por Telearte S.A. Empresa de Radio y Televisión, por el plazo de *un* (1) *año*.

2º. *Imponer* a Telearte S.A. Empresa de Radio y Televisión las reglas de conducta concertadas con el Ministerio Público Fiscal, detalladas en el acuerdo citado.

3º. *Encomendar* el seguimiento y control del cumplimiento de las reglas de conducta de mención a la Oficina de Control de Suspensión de Juicio a Prueba dependiente del Ministerio Público Fiscal.

4º. *Hacer* saber a Telearte S.A. Empresa de Radio y Televisión que, en caso de no cumplir con las reglas de conducta impuestas, se revocará el beneficio concedido y continuará el proceso, de conformidad con lo dispuesto en el art. 45, párr. 5º, *in fine*, del Código Contravencional.

5º. *Mandar* que se registre, se notifique a Telearte S.A. Empresa de Radio y Televisión y al Ministerio Público Fiscal. Cumplido, remítanse las actuaciones a la Oficina de Control de Suspensión de Juicio a Prueba a los fines de lo dispuesto en el punto 3, y devuélvase el expediente principal a la Fiscalía General.

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

CVII

"TROTTA, PATRICIA SUSANA Y OTROS C/CAJA DE SEGURIDAD SOCIAL PARA ABOGADOS DE LA CABA S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Requisitos.
Acordada 4/07, CSJN. Cuestión federal. Derecho público local. Caja de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CASSABA).

SUMARIOS:

1. Cabe declarar inadmisible el recurso extraordinario federal deducido cuando no se encuentra involucrada una cuestión federal, ni presenta una refutación concreta y suficiente de los fundamentos en que se basa la sentencia recurrida. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante ver voto del señor juez José O. Casás).*

2. Las cuestiones relativas al alcance subjetivo y exigibilidad del sistema previsional creado por la ley 1181 y reglamentado por la resol. 004-A/05 dictada por la Asamblea de CSSABA son de derecho público local. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante ver voto del señor juez José O. Casás).*

3. No compromete interés federal alguno la discusión dirigida a establecer si determinada categoría de abogados que ejerció su derecho a optar por otra caja previsional, debe realizar aportes al sistema de seguridad social para abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires creado en la ley 1181*. (Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

4. El recurso extraordinario federal no debe ser considerado una nueva oportunidad para reeditar argumentos analizados y descartados por el Tribunal, sino el marco para cuestionar y refutar los ejes argumentales de la sentencia atacada. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante ver voto del señor juez José O. Casás).*

5. A los efectos de la admisibilidad del recurso extraordinario federal se requiere consignar el objeto de la presentación (art. 2º, inc. a], Acordada 4/07 CSJN), indicar el carácter en que se interviene en el pleito (art. 2º, inc. e), citar las normas que dan jurisdicción a la Corte (art. 2º, inc. j), y mencionar en forma clara y concisa las cuestiones planteadas como de índole federal (art. 2º, inc. i). *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

6. Los planteos referidos a la afectación del art. 102 de la CCBA no son idóneos para fundar un caso que habilite la competencia de la CSJN, pues exigen interpretar disposiciones de la Constitución local que regulan y atribuyen la potestad reglamentaria de las leyes. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

7. La existencia de una cuestión constitucional local a los fines del recurso de inconstitucionalidad (art. 27, ley local 402) no significa directamente que, en el caso, también se presente una cuestión federal, en los términos del art. 14 de la ley nacional 48. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

8. El recurso extraordinario federal debe ser concedido, de conformidad con lo dispuesto por el art. 14, inc. 2º, de la ley nacional 48, cuando la cuestión oportunamente introducida en el juicio y mantenida en las oportunidades procesales debidas gira en torno a la validez de una norma local —art. 5º de la ley 1181— por considerar que contraría la prohibición de superposición de aportes establecida en la C.N., art. 14 bis) y la decisión impugnada sostiene la validez de esa regla local. *(Voto en disidencia del señor juez Julio B. J. Maier).*

9. El recurso extraordinario federal interpuesto se subsume en el art.14, inc. 2º de la ley 48 y debe ser concedido en cuanto invoca la garantía contra la superposición de aportes, pues cuestiona la validez de una norma local —la ley 1181 y su reglamentación— bajo la pretensión de ser repugnante a la Constitución Nacional —art.14 bis—, y la decisión impugnada sostuvo la validez de la primera. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. nº 5455/07 - 3/6/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

La parte actora interpuso recurso extraordinario federal (fs. 398/403 y 406) contra la decisión de fecha 27/2/2008 (fs. 333/340) por la que el Tribunal decidiera hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Caja de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CASSABA), revocar la sentencia de Cámara y rechazar la acción de amparo.

Corrido el pertinente traslado, CASSABA solicitó su rechazo (fs. 410/425).

FUNDAMENTOS:

La jueza Ana María Conde dijo:

1. El recurso extraordinario federal deducido por la actora, no obstante dar cumplimiento a los requisitos extrínsecos exigidos ritualmente, debe declararse inadmisible pues no se encuentra involucrada una cuestión federal, ni presenta una refutación concreta y suficiente de los fundamentos en que se basa la sentencia recurrida.

2. En primer término, cabe destacar, como ya lo he dicho en "Fornasari, Norberto Fabio c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. 4911/06, resolución del 3/7/2007, que lo relativo al alcance subjetivo y exigibilidad del sistema previsional creado por la ley 1181 y reglamentado por la resol. 004-A/05 dictada por la Asamblea de CASSABA, es una cuestión de derecho público local.

CASSABA es una persona jurídica de derecho público local, no estatal, que tiene como misión hacer efectivo el sistema de seguridad social para abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires creado por la ley 1181, dictada por la Legislatura porteña. No se advierte, entonces, cuál sería el interés federal comprometido en esta causa, en la que se discute si deben realizar aportes a dicho sistema una determinada categoría de abogados —los que ejercieron su derecho a optar por otra Caja previsional.

En síntesis, el recurrente pretende que se revise la interpretación de una norma de derecho público de la Ciudad de Buenos Aires —resol. 004-A/05 dictada por la Asamblea de CASSABA—, *cuestión local* claramente ajena al ámbito del presente recurso.

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

No existe cuestión federal si los agravios involucran cuestiones de derecho público local (*Fallos,* 315:1074) o si se trata de determinar el contenido y extensión de las diferentes acciones previstas en la legislación (*Fallos,* 315:1644). La Corte no está autorizada para modificar la interpretación de las normas locales llevadas a cabo por los jueces provinciales, sino sólo para revisar la compatibilidad de las normas así interpretadas con la Constitución Nacional (*Fallos,* 319:687).

3. Por otra parte, la recurrente insiste con los mismos planteos deducidos anteriormente, pero no refuta los fundamentos que sustentan la decisión recurrida, ni desarrolla los agravios de manera eficiente y con la argumentación seria y fundada que un recurso de esta naturaleza requiere:

a) Argumenta que la sentencia recurrida viola el derecho a trabajar consagrado en los arts. 14, C.N. y 43, CCBA, pero no explica por qué y de qué manera, constituyendo en consecuencia una afirmación claramente dogmática.

b) Manifiesta que la decisión cuestionada viola el derecho a la igualdad previsto en el art. 16, C.N., al convalidar una reglamentación que obliga a efectuar aportes a una categoría de abogados que no reciben a cambio retribución alguna, pero no rebate los argumentos contenidos en los votos de los jueces de este Tribunal que permiten arribar a la conclusión opuesta.

Y como he dicho en mi voto en esta causa, "...Si bien es cierto que el profesional que opte por otra Caja Profesional perderá el derecho a acceder a las prestaciones previstas en el art. 7º de la ley 1181, también lo es que, de todas maneras*, los aportes que realice a CASSABA redundarán en un beneficio,* ya que serán computados al momento de determinar la antigüedad —siempre que se trate de servicios profesionales no simultáneos— y acrecentarán su futuro haber previsional, en los términos del sistema de reciprocidad de la resol. 363-SSSS/81..."

c) Sostiene que la sentencia viola el art. 28, C.N. en tanto confirma la validez de una reglamentación regresiva que distorsiona la voluntad del legislador, pero no refuta los argumentos desarrollados por los jueces de este Tribunal que descartan la existencia de un exceso reglamentario.

En síntesis, la parte recurrente no percibe que esta no es una nueva oportunidad para reeditar argumentos analizados y descartados por este Tribunal, sino para cuestionar y refutar los ejes argumentales de la sentencia que ataca, cuestión que ni siquiera intenta realizar con una mínima seriedad.

4. En conclusión, el recurrente no demuestra de qué manera se relacionan directa e inmediatamente los derechos y cláusulas constitucionales que invoca con lo resuelto en esta causa.

Y la Corte Suprema ha establecido que la sola mención de preceptos no basta para abrir la vía extraordinaria (doctrina de *Fallos,* 165:62; 181:290; 266:135; 310:2306; y muchos otros) y que la relación directa que la ley exige existe sólo cuando la solución de la causa requiere necesariamente la interpretación del precepto constitucional aducido (*Fallos,* 187:624; 248:129, 828; 268.2479). De otro modo, la jurisdicción de la Corte Suprema sería indebidamente privada de todo límite, pues no hay derecho que en definitiva no tenga raíz y fundamento en la Constitución Nacional, aunque esté directa e inmediatamente regido por el derecho no federal (*Fallos,* 295:335; 310:2306).

5. Por todo lo expuesto, voto por denegar el recurso extraordinario federal interpuesto por la actora a fs. 450/472.

Las costas del presente recurso se imponen a la vencida, por aplicación del principio objetivo de la derrota y por no mediar, en esta ocasión, circunstancias que justifiquen apartarse de él (art. 68, CPCCN).

El juez José O. Casás dijo:

1. Si bien el recurso extraordinario federal de fs. 398/403 ha sido interpuesto en tiempo oportuno, ante el tribunal superior de la causa y contra una sentencia definitiva, el mismo no puede prosperar por las consideraciones que se expondrán a continuación.

2. Tal como lo destaca la señora jueza Ana María Conde en su voto, la lectura del recurso en estudio no permite concluir que la actora haya efectuado una

crítica suficiente de los desarrollos expuestos por este Tribunal en la sentencia de fs. 333/340 que hoy la agravia. En efecto, se advierte que, más allá de expresar una postura discrepante y de reiterar los argumentos vertidos en anteriores oportunidades, la recurrente no ha rebatido los diversos fundamentos que sustentaron la interpretación integradora y armónica de la ley local 1181 efectuada por este Estrado para rechazar el amparo incoado; circunstancia que no permite tener por cumplida la exigencia de fundamentación que emana de la doctrina de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación vertida en *Fallos,* 283:404; 302:155; 311:169, 542; 314: 481; 315:59, 325, 1699, 2906; 316:420, 2727, 3026; entre muchos otros.

En particular, estimo que esta conclusión también resulta aplicable al agravio referido a la alegada vulneración a la prohibición constitucional de superposición de aportes, en tanto la actora sólo ha esgrimido que existe "claramente una doble imposición" (fs. 400) mas no ha puesto en crisis el razonamiento efectuado con sustento en el precedente "Alberto Antonio Spota" (*Fallos,* 300:836) de nuestro Tribunal cimero, sent. del 25/7/1978, por el que se sostuvo que, en el caso, se encontraba configurado un supuesto de "multiplicidad" de aportes por estar en juego distintos ámbitos de desempeño que dan origen a las prestaciones a la seguridad social —no reprochable en términos constitucionales—, en lugar de la invocada "superposición".

3. Por lo demás, tal como lo advierte mi aludida colega, las cuestiones debatidas en autos se circunscriben a la interpretación de normas de derecho público local, por regla, ajenas a la instancia de excepción, sin que la invocación genérica de cláusulas constitucionales permita entender configurado un caso federal que la habilite.

Por las razones expuestas, el recurso extraordinario federal interpuesto por la parte actora debe ser denegado. Las costas se imponen a la vencida, por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 68, CPCCN).

Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso extraordinario federal fue presentado por escrito, ante el tribunal superior de la causa, y dentro del plazo previsto en el art. 257, CPCCN. Sin embargo, no puede ser admitido pues no cumple con los requisitos establecidos en los arts. 2º, incs. a), e), i), y j) y 3º, incs. b), d), y e) de las "Reglas para la interposición del recurso extraordinario federal" que fueran aprobadas por la Acordada 4/07 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En efecto, en la carátula obrante a fs. 406 la recurrente omite consignar el objeto de la presentación (art. 2º, inc. a), la indicación del carácter en que interviene en el pleito (art. 2º, inc. e), la cita de las normas que dan jurisdicción a la Corte (art. 2º, inc. j), y "la mención clara y concisa de las cuestiones planteadas como de índole federal" que requiere el art. 2º, inc. i), a pesar de que la misma norma advierte que "no se considerará ninguna cuestión que no haya sido incluida aquí".

2. Asimismo, el relato que realiza la recurrente sobre las circunstancias del caso que considera relevantes no puede definirse como "claro y preciso", y no contiene una construcción argumentativa que conecte estas circunstancias con cuestiones de índole federal (inc. b). Tampoco se observa una refutación pormenorizada de los fundamentos independientes que dan sustento a la decisión apelada (inc. d). Por último, no logra demostrar la relación directa e inmediata entre lo resuelto y las normas federales invocadas a fs. 398 y vta. y 399 (inc. e).

Por lo expuesto, y de conformidad con lo prescripto por el art. 11 del reglamento referido, el recurso debe ser desestimado por inoficioso. Así lo voto. Costas por su orden.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Voto por denegar el recurso extraordinario federal interpuesto con relación a los agravios que buscan apoyo en el principio de reserva de ley y en la alegada ausencia de facultades reglamentarias en cabeza de CASSABA se reducen a una mera discrepancia con la interpretación dada a la leyes locales, cuestión ajena a la competencia de la CSJN por la vía del art. 14 de la ley 48, dado que el recurrente no muestra la relación directa entre las garantías constitucionales invocadas y el agravio esgrimido. Además, tal como fue claramente expuesto por el doctor José O. Casás en el punto 3.2 de su voto *in re* "Fornasari", a cuyos fundamentos remitió la sentencia impugnada, la cuestión relativa a la competencia de la CASSABA para reglamentar la ley 1181 es palmariamente insustancial respecto de la resolución de la presente causa, razón adicional para considerar al agravio improcedente, por carecer de relación directa con lo resuelto.

2. En cuanto invoca la garantía contra la superposición de aportes, el recurso extraordinario federal cuestiona la validez de una norma local —la ley 1181 y su reglamentación— bajo la pretensión de ser repugnante a la Constitución Nacional —art. 14 bis—, y la decisión impugnada sostuvo la validez de la primera. A este respecto, el recurso interpuesto se subsume en el art. 14, inc. 2º de la ley 48, y debe ser concedido. Costas en el orden causado.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. La recurrente ha cumplido con los requisitos formales exigidos por la ley para la interposición del recurso.

Los agravios planteados abordan, centralmente, tres cuestiones: *a)* la incompetencia de CASSABA para reglamentar la ley, de acuerdo con el art. 102 de la CCBA; *b)* la inconstitucionalidad del art. 5º del reglamento de la ley local 1181, por incurrir en un exceso reglamentario que lesiona el principio de legalidad tributaria, y *c)* la inconstitucionalidad del art. 5º del reglamento de la ley local 1181, por contrariar la prohibición de superposición de aportes establecida por el art. 14 bis de la Constitución Nacional.

Debo recordar que la decisión del Tribunal al resolver el recurso de inconstitucionalidad planteado por CASSABA sólo tuvo en cuenta su agravio dirigido a cuestionar la sentencia de la Cámara en cuanto reputó irrazonable el contenido concreto de la reglamentación, particularmente su art. 5º —que fue la razón excluyente por la que la Cámara confirmó el fallo apelado—. Así lo expresé en mi voto: "Ésta es la única cuestión material que someteremos a nuestra consideración, pues el recurso sólo puede dirigirse a criticar la resolución fundada en esta afirmación y a pretender una decisión opuesta" (punto 2).

Esta circunstancia no puede impedir a la actora replantear las cuestiones y argumentos que se decidieron en forma adversa a su demanda. Ellos no la habilitaron para recurrir la sentencia final ante el TSJBA, pues, a pesar de esa realidad, su pretensión resultó vencedora tanto en primera como en segunda instancia. No cabe exigir, entonces, que el vencedor plantee nuevamente aquellos argumentos que no fueron acogidos, en un acto extremo de afirmar su supervivencia.

2. Aunque la actora no se hace cargo de considerar las razones que expuse en los puntos 4, 5 y 6 de mi voto —opinión concurrente con aquellas formuladas por mis colegas, los señores jueces Casás, Conde y Lozano para hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad de CASSABA y rechazar el amparo—, referidas a que no se ha verificado, en el caso, las condiciones constitucionales exigidas para la procedencia del amparo, entiendo que ello no obsta a la consideración de sus planteos, pues ellos están dirigidos a cuestionar los tres votos que, en sentido sustancialmente coincidente, determinaron el contenido de la sentencia objetada.

3. El primer agravio que introduce en el recurso no plantea una cuestión federal. Los planteos referidos a la afectación del art. 102 de la CCBA no son idóneos para fundar un caso que habilite la competencia de la CSJN, pues exigen interpretar disposiciones de la Constitución local que regulan y atribuyen la potestad reglamentaria de las leyes. Que existiera una cuestión constitucional local a los fines del recurso de inconstitucionalidad (art. 27, ley local 402) no significa directamente que, en el caso, también se presente una cuestión federal, en los términos del art. 14 de la ley nacional 48.

4. La segunda cuestión sobre la que trata el recurso extraordinario es el presunto exceso en que incurre el art. 5º del reglamento de la ley 1181, que afectaría el principio de legalidad que regula la contribución previsional. La recurrente alega la arbitrariedad de la sentencia de este Tribunal (crítica los votos de los jueces Conde, Casás y Lozano). Sin embargo, cualquiera que sea mi posición personal sobre el motivo, la admisibilidad del recurso por esta causal, establecida por la Corte Suprema a partir de *Fallos,* 184:137 resulta, como lo he sostenido múltiplemente, estricta de modo particular, 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). En el caso, los agravios sólo traducen la disconformidad de la recurrente con la interpretación de normas locales (legales y reglamentarias), que constituyen el fundamento de la decisión. La recurrente no toma debidamente a su cargo la exposición de los diversos fundamentos desarrollados en la sentencia del Tribunal para sustentar la interpretación de la ley 1181 y su reglamentación. Por lo contrario, se advierte que lo expuesto por la impugnante resulta ser una reiteración de planteos formulados con anterioridad.

5. El tercer motivo del recurso se refiere, como lo anticipé al comienzo, a la lesión por la reglamentación local de la prohibición de superposición de aportes previsionales, conforme al art. 14 bis de la C.N. Cualquiera que sea mi opinión al respecto, el recurso menciona uno de los casos genéricos establecidos en el art. 14 de la ley nacional 48, reguladora en origen del recurso extraordinario federal, y así se refiere a una cuestión federal. El recurso cuestiona la validez de la norma local —la ley 1181 y su reglamentación— por considerar que contraría la Constitución Nacional —art. 14— y la decisión impugnada sostuvo la validez de la regla local citada. Se trata de una cuestión oportunamente introducida en el juicio (demanda, fs. 2 vta.) y mantenida en las oportunidades debidas (contestación del recurso de apelación interpuesto por CASSABA, fs. 250 vta. y contestación del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el mismo órgano).

En relación con este agravio el recurso debe ser concedido, de conformidad con lo dispuesto por el art. 14, inc. 2º, de la ley nacional 48 (conf. voto del juez Luis F. Lozano en los autos "Ortiz Massey, Ramiro y otra c/Caja de Seguridad Social para Abogados de la CABA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 5306/07, resolución del 27/12/2007).

6. Con sustento en las razones que anteceden, corresponde conceder parcialmente el recurso interpuesto por la actora a fs. 398/403, e imponer las costas de la instancia en el orden causado, por existir vencimientos recíprocos.

Por ello y, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal planteado por Patricia Susana Trotta, María Teresa Pastoriza y Analía Beatriz Buratovich, con costas por su orden.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva como está ordenado a fs. 340, punto 4.

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

CVIII

"HIPÓDROMO ARGENTINO DE PALERMO S.A. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'HIPÓDROMO ARGENTINO DE PALERMO S.A. S/INF. ART. 9.1.1, OBSTRUCCIÓN DE INSPECCIÓN —APELACIÓN'"

RECURSO DE QUEJA: Suspensión del proceso.

SUMARIO:

1. Del art. 33 de la ley 402 se desprende que la interposición de un recurso de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, por regla, no suspende el curso del proceso; y que el Tribunal Superior de Justicia podrá decidir en cada caso, ante el pedido concreto de la parte interesada, si corresponde apartarse o no de la previsión legal citada *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces Julio B. J. Maier, José O. Casás y Ana María Conde).*

Expte. nº 5881/08 - 4/6/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

Hipódromo Argentino de Palermo S.A. interpone queja (fs. 36/55) contra la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad (fs. 9/32) dirigido a cuestionar la decisión de la Sala III de la Cámara CyF mediante la cual el *a quo* había resuelto "I. *Rechazar* el recurso de apelación en orden a la excepción de incompetencia // II. *Declarar mal concedido* el recurso de apelación en orden a la excepción de falta de legitimación pasiva (arts. 28, 56 y 57, ley 1217)" (fs. 1/7). Todo ello, en el marco del juicio de faltas instado por la recurrente, contra la resolución de la Unidad Administrativa de Control de Faltas nº 36 que la sancionó con una multa de $ 10.000 por infracción al art. 9.1.1 de la ley 451 (obstrucción de inspección).

En el recurso de hecho, HAPSA solicita que se haga "lugar a la presente queja; revoque la decisión atacada, suspenda en forma urgente el trámite de la causa, conceda el recurso de inconstitucionalidad y, posteriormente, haga lugar a los agravios de esta parte decretando la incompetencia del fuero local para entender en estos autos y la falta de legitimación pasiva de HAPSA para discutir el concreto objeto que motiva la pretendida sanción" (fs. 36).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. El art. 33 de la ley 402 (LPTSJ) establece, en lo pertinente, que: "Mientras el Tribunal Superior de Justicia no haga lugar a la queja, no se suspende el curso del proceso salvo que el tribunal así lo resuelva por decisión expresa".

Del precepto señalado se desprende que la interposición de una queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, por regla, no suspende el curso del proceso; y que el Tribunal Superior de Justicia podrá decidir, en cada caso, ante el pedido concreto de la parte interesada, si corresponde apartarse o no de la previsión legal transcripta.

2. El pedido de suspensión solicitado por HAPSA se agota en la fórmula reproducida en los "resulta" de este pronunciamiento. Aunque la extrema austeridad en el modo de plantear el requerimiento en cuestión no releva al Tribunal de expedirse a su respecto, ella en cambio, torna suficiente y plenamente aplicable la reiterada jurisprudencia del Estrado según la cual la falta de acreditación de razones que permitan hacer excepción a la regla mencionada por el aludido art. 33, LPTSJ conduce al rechazo del pedido (conf. este Tribunal *in re*: "Martínez, Alfredo Luis y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Martínez, Alfredo Luis; Masero, Néstor Lucio y otros s/ley 255 (Junín 1787)'", expte. nº 4087/05, sent. del 6/9/2005, "Campbell, Colin Munro s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'GCBA c/Campbell, Colin Munro s/ejecución fiscal —ingresos brutos", expte. nº 4093/05, sent. del 14/9/2005, "TEB S.R.L. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'TEB S.R.L. s/falta de permiso de cartel —apelación'", expte. nº 4421/05, sent. del 28/12/2005 y "Eyetich, Luisa Ester s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'González, Ángel Ricardo c/GCBA s/impugnación de actos administrativos'", expte. nº 4838/06, sent. del 21/9/2006, entre otros).

En consecuencia, corresponde denegar la suspensión del proceso requerida a fs. 36.

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

Adherimos al voto del juez de trámite, doctor Luis F. Lozano.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *No hacer lugar* a la petición de suspender el proceso efectuada por Hipódromo Argentino de Palermo S.A.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y que continúe el trámite de la queja, confiriéndose vista al señor Fiscal General para que se expida sobre el recurso de queja y, en su caso, el de inconstitucionalidad.

La jueza Alicia E. C. Ruiz no suscribe esta resolución por estar en uso de licencia.

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

CIX

"INDUTRAB S.R.L. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'RECURSO DE QUEJA EN AUTOS INDUTRAB S.R.L. S/NO POSEER PLAN Y PLANOS DE EVACUACIÓN Y OTRAS'"

RECURSO DE QUEJA: Suspensión del proceso.

SUMARIOS:

1. La suspensión del proceso a que se refiere el art. 33 de la ley 402 no se vincula al procedimiento administrativo ni al judicial, sino a los efectos de una sentencia de mérito provisoriamente ejecutable. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier. En sentido concordante ver voto de los señores jueces Ana María Conde, Luis F. Lozano y José O. Casás).*

2. La pretensión de suspensión del proceso fundada en una argumentación genérica es insuficiente para que se configure un supuesto que permita al Tribunal apartarse de la regla legislativa del art. 33 de la ley 402. *(Voto de los señores jueces Luis F. Lozano y José O. Casás).*

Expte. nº 5966/08 - 4/6/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

Indutrab S.R.L., por intermedio de su representante aparente, interpone queja (fs. 62/75) contra el auto denegatorio agregado a fs. 55/59. En esa decisión se resolvió sobre la admisibilidad del recurso de inconstitucionalidad intentado, a su vez, contra el rechazo de dos recursos de queja por apelación denegada. Todas estas resoluciones judiciales fueron adoptadas con anterioridad a que se celebre la audiencia de debate en sede judicial.

En este proceso de faltas, la autoridad administrativa impuso a la firma mencionada tres sanciones de multa (por $ 200, $ 200 y $ 20.000), en tanto se la consideró responsable de las infracciones individualizadas en los arts. 2.2.14 (primer y segundo hecho) y 2.1.1, 2º párrafo, de la ley 451 (esta última relativa al tercer hecho).

En el recurso de hecho, la recurrente solicita que se suspenda el curso del proceso, en particular, que se deje sin efecto la audiencia fijada por el juez de primera instancia para el 6/6/2008 (fs. 75).

FUNDAMENTOS:

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Resulta imposible que el Tribunal paralice un procedimiento judicial previsto por la ley específicamente para objetar una resolución administrativa en el caso de

las faltas. La suspensión a la que se refiere el art. 33 de la ley local 402 no puede vincularse al procedimiento administrativo ni al judicial, sino que se refiere a los efectos de una sentencia de mérito provisoriamente ejecutable. Por ello, corresponde rechazar la petición de la recurrente y, firme esta decisión, remitir las actuaciones a la Fiscalía General para que se expida sobre los restantes planteos efectuados en el recurso de fs. 62/75.

La jueza Ana María Conde dijo:

En esta oportunidad, el representante de la persona jurídica imputada solicita expresamente que se decida la suspensión del proceso, con carácter previo a que se resuelva sobre el mérito de la queja interpuesta, y persigue, concretamente, que se deje sin efecto la audiencia de debate dispuesta para "el próximo 6/6/2008 a las 10.30 horas" (fs. 75). Los argumentos que expone el señor juez de trámite, Julio B. J. Maier, y aquellos otros que expresé en el pto. *ii)* de mi voto en "Ministerio Público —Defensoría en lo Contravencional y de Faltas Nº 5— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Erice, Fabián; Erice, Ariel y otros s/inf. arts. 116 y 117 ley 1472'" (expte. nº 5285/07, sent. del 1º/6/2007) bastan para *no hacer lugar* a su solicitud.

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

Tal como lo propone el señor juez de trámite, doctor Julio B. J. Maier, la solicitud de suspensión del proceso requerida a fs. 62/75 debe ser denegada.

La argumentación genérica de la defensa a partir de la cual se pretende la suspensión del proceso para evitar la celebración de la audiencia de debate dispuesta por la jueza de la causa (conf. puntos V y VI del recurso de queja interpuesto) no alcanza para ver configurado en el caso, en este estado de análisis, un supuesto que permita al Tribunal apartarse de la regla legislativa del art. 33 de la ley 402 según la cual la interposición de una queja por recurso de inconstitucionalidad denegado no suspende el curso del proceso.

En efecto, la sola continuación del proceso con miras al dictado de la sentencia de mérito —más allá de lo que se decida en su hora al tratar específicamente los agravios que contiene el recurso de hecho— no resulta una circunstancia idónea para que el Tribunal se aparte de aquella regla.

Así lo votamos.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *No hacer lugar* a la petición de suspender el proceso efectuada a favor de Indutrab S.R.L.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique con carácter de urgente y se corra vista al señor Fiscal General para que se expida sobre los restantes planteos efectuados en el recurso de queja y, en su caso, en el de inconstitucionalidad.

La jueza Alicia E. C. Ruiz no suscribe esta resolución por estar en uso de licencia.

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

CX

"GIGACABLE S.A. C/GCBA S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD"

ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD: Caracteres. REGULACIÓN DE HONORARIOS: Perito ingeniero.

SUMARIO:

1. La suma estimada en concepto de honorarios correspondientes a un perito ingeniero se puede estimar apropiada si se toma como referencia la pauta que fija el art. 88, inc. 1º del dec. ley 7887/55 para los estudios técnicos cumplidos por el interesado, y se considera que dado el carácter abstracto y la ausencia de contenido económico de la acción declarativa de inconstitucionalidad prevista en el art. 113, inc. 2º de la CCBA, no resulta aplicable el esquema tarifado previsto en el inc. 2º del art. 88 del dec. ley 7887/55, de aranceles de honorarios para las profesiones de agrimensura, arquitectura e ingeniería. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano. Ver en sentido concordante voto del señor juez José O. Casás).*

Expte. nº 4627/06 - 4/6/2008

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. A fs. 363 el ingeniero en telecomunicaciones Jorge Luis Sanguinetti, quien fuera designado perito en estos autos a fs. 204, solicitó la regulación de sus honorarios por los trabajos efectuados.

Previa intimación del juez de trámite de fs. 364, el peticionario formuló pautas para estimar el valor de sus honorarios en la suma de $ 12.000 (fs. 366).

2. De la petición se dio traslado a las partes (fs. 367) y sólo contestó el demandado (fs. 370): él pidió que, en atención al "carácter eminentemente técnico" de la estimación realizada por el perito, se diera intervención al Consejo Profesional de

Ingeniería de Telecomunicaciones, Electrónica y Computación (COPITEC) para determinar "la procedencia y mediana exactitud" de tal apreciación.

3. A fs. 371 el juez de trámite dio vista al COPITEC de la estimación de honorarios de mención, en los términos del art. 6º, segundo párrafo, del Anexo A, del dec. ley 7887/55 (Ley de Aranceles de Honorarios para las Profesiones de Agrimensura, arquitectura e ingeniería). El Consejo contestó mediante la nota de fs. 372, suscripta por su secretario, ingeniero Roberto García, y se limitó a informar "que el valor del honorario por hora de un ingeniero en telecomunicaciones al 22/4/2008 se estima en ciento cincuenta pesos ($ 150)".

4. De esta presentación se dio traslado a las partes y al perito (fs. 374) y contestaron a fs. 380 el ingeniero Sanguinetti y a fs. 381 el demandado. La parte actora omitió nuevamente expresar su opinión (ver fs. 383).

En su contestación, la parte demandada requirió que se otorgara una nueva intervención al COPITEC, para que se expidiera acerca de la cantidad de horas estimadas por el perito para realizar sus tareas, pues consideró incompleto e insuficiente el informe brindado a fs. 372, y expresó que "impide al Tribunal y a esta parte contar con elementos que permitan cuantificar el emolumento del profesional, tanto más si se considera que se mencionan actos como: la aceptación de la pericia, solicitar el expediente para su estudio, los cuales no constituyen la esencia de la tarea que se debe tener en cuenta".

5. A fs. 383 se dictó la providencia de autos.

FUNDAMENTOS:

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. En autos, a propuesta de la parte actora (fs. 55 vta) y con la conformidad de la demandada (fs. 143 vta./144 y 181), el Tribunal encomendó (fs. 204) al Ingeniero en Telecomunicaciones Jorge Luis Sanguinetti, un estudio destinado a satisfacer las cuestiones probatorias acordadas entre ellas a fs. 180/181.

2. Realizado el peritaje —cuyo dictamen y anexos obran agregados a fs. 217/224— y dictada la sentencia definitiva en la causa (fs. 240/293), el ingeniero Sanguinetti estimó sus honorarios (fs. 366). Expresó que los trabajos habían consistido en: *a)* aceptar la pericia, *b)* solicitar el expediente para su estudio, *c)* estudiar del expediente, *d)* buscar de la información necesaria para poder realizar un comparativo entre una instalación subterránea y aérea, dentro de la Zona 2 y en una extensión de 400 metros longitudinales y la distribución a las manzanas adyacentes al recorrido del cable, incluyendo todo el equipamiento para el adecuado funcionamiento de una red HFC, *e)* buscar los diferentes proveedores y obtener los precios de los materiales y del costo de la mano de obra, *f)* preparar dos planos con software de diseño Autocad, uno para cableado subterráneo y el otro para el aéreo, indicando su distribución y los elementos necesarios hasta alcanzar la distribución a los diferentes usuarios, *g)* confeccionar los presupuestos con todo el equipamiento y accesorios necesarios para su instalación, como así también la estimación de los

tiempos de instalación para ambos casos, *h)* terminar la peritación y presentarla. Finalmente, manifestó que esas tareas habían insumido 80 horas y que el valor de la hora era de ciento cincuenta pesos ($ 150), por lo que el total de sus honorarios ascendía a doce mil pesos ($ 12.000).

3. Llegado a este punto opino que la suma estimada puede considerarse apropiada. Ello es así, por un lado, porque el valor de la hora de trabajo de un Ingeniero en Telecomunicaciones que tuvo en cuenta el peticionario, coincide con el informado por el COPITEC a fs. 372. Por otro lado, porque las ochenta horas de trabajo estimadas por el Ingeniero Sanguinetti —en suma 10 días de 8 horas diarias— resultan proporcionadas para las actividades descriptas (entre las que se ha omitido su participación en la audiencia pública de la que da cuenta el acta de fs. 239), destinadas a satisfacer la labor encomendada en autos.

Desde otro ángulo, si se toma como referencia la pauta que fija el art. 88, inc. 1º del dec. ley 7887/55 para los estudios técnicos como el cumplido por el peticionario, es decir la "importancia y extensión" del cuestionario y la "responsabilidad" que implicaba, tampoco la cifra total parece inadecuada sino, antes bien, justa y razonable dada la índole, complejidad y trascendencia del estudio asignado, destinado a "ilustrar al Tribunal" sobre las cuestiones técnicas convenidas por las partes a fs. 180/181. A ello se agrega que, dado el carácter abstracto y la ausencia de contenido económico de la acción prevista en el art. 113, inc. 2º, no resulta aplicable el esquema tarifado previsto en el inc. 2º de la misma norma mencionada.

4. En nada obsta para esa conclusión los reparos que intenta el demandado a fs. 381, atinentes a la omisión del COPITEC de expedirse acerca de la cantidad de horas que el perito ha consignado —y la insistencia en otorgarle una nueva vista a esa entidad— puesto que, por un parte, conceder dicha intervención es una mera facultad del Tribunal (art. 6º, 4º párrafo, decreto ley citado); y, por otra parte, porque no se ha brindado razón valedera alguna para poner en crisis la estimación efectuada por el ingeniero Sanguinetti —téngase en cuenta que el demandado contaba con la asistencia de su consultor técnico para efectuar las apreciaciones que creyera oportunas sobre el tiempo que suponía realmente invertido en las tareas del peritaje—, y sólo se ha limitado a menospreciar actividades como "acepta[r] la pericia" y "solicitar el expediente para su estudio", diligencias que, por menores que puedan considerarse, también consumen tiempo y forman parte de la tarea realizada. En este sentido, intentar demorar la regulación mediante nueva vista, sin impugnar de manera alguna y fundadamente el tiempo denunciado por el interesado, esto es, sin denunciar el tiempo real que él precisó para entregar el peritaje, suena a aquel aforismo francés, "pas de nullité sans grief".

5. Por todo lo expuesto estimo que es correcto regular los honorarios del ingeniero Jorge Luis Sanguinetti en la suma de pesos doce mil ($ 12.000) con más el IVA, si correspondiere (*Fallos,* 316:1535).

Los jueces ANA MARÍA CONDE *y* LUIS F. LOZANO *dijeron:*

Nos adherimos al voto del juez Julio B. J. Maier.

El juez José O. Casás dijo:

Comparto la regulación de honorarios practicada por el señor juez de trámite, doctor Julio B. J. Maier, a favor del ingeniero Jorge Luis Sanguinetti. Ello así, en tanto el valor de la hora de trabajo como ingeniero en telecomunicaciones calculado a fs. 366 por el propio profesional ($ 150) coincide con aquel informado por el Consejo Profesional de Ingeniería de Telecomunicaciones, Electrónica y Computación —COPITEC— a fs. 372. Por otro lado, en lo que respecta al tiempo insumido para la realización del peritaje solicitado, tal como lo afirma en su voto el señor juez de trámite, entiendo que la representación del GCBA no ha aportado argumentos de entidad suficiente para poner en crisis la estimación efectuada por el perito Sanguinetti (80 horas de trabajo), teniendo en cuenta la complejidad y trascendencia de la tarea encomendada para resolver la controversia planteada en el *sub examine*.

Así lo voto.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1. Regular los honorarios del ingeniero Jorge Luis Sanguinetti, por su actuación como perito en esta causa, en la suma de pesos doce mil ($ 12.000) con más el IVA, si correspondiere.

2. Mandar que se registre y se notifique a las partes y al Ing. Jorge Luis Sanguinetti.

La jueza Alicia E. C. Ruiz no firma por estar con licencia.

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

CXI

"LALO, AARÓN C/CAJA DE SEGURIDAD SOCIAL PARA ABOGADOS DE LA CABA Y OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Requisitos. Cuestión federal. Superposición de aportes previsionales. Arbitrariedad de sentencia. Gravamen irreparable.

SUMARIOS:

1. Privan al recurso extraordinario federal del requisito de adecuada fundamentación, los agravios que sólo trasuntan la discrepancia con lo resuelto y no logran desvirtuar el razonamiento adoptado por el Tribunal, ni demuestran que efectivamente

se encuentran precisadas las relaciones jurídicas concretas que permitirían delimitar la pretensión de la demanda. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

2. La afirmación de que lo resuelto por el Tribunal implicaría una afectación de la garantía de acceso a la justicia se revela carente de sustento cuando se advierte que en el proceso, más allá de su acierto o error han mediado pronunciamientos de las tres instancias de la jurisdicción local *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

3. Las decisiones por las cuales los tribunales locales declaran la improcedencia de los recursos de orden local interpuestos ante ellos, son ajenas, en principio, a la instancia extraordinaria. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

4. En el juicio de amparo, cuando se interpone un recurso extraordinario federal, es particularmente necesario que el apelante demuestre que el pronunciamiento impugnado posee carácter definitivo, en el sentido de que el agravio alegado es de insuficiente o tardía reparación ulterior. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier. En sentido concordante ver voto de los señores jueces Ana María Conde, José O. Casás y Luis F. Lozano).*

5. El recurso extraordinario federal debe ser concedido, de conformidad con lo dispuesto por el art. 14, inc. 2º, de la ley nacional 48, cuando la cuestión oportunamente introducida en el juicio y mantenida en las oportunidades procesales debidas gira en torno a la validez de una norma local por considerar que contraría la Constitución Nacional y la decisión impugnada sostiene la validez de esa regla local. *(Voto en disidencia del señor juez Julio B. J. Maier).*

6. Existe cuestión federal y, por tanto, debe concederse el recurso extraordinario federal, cuando la cuestión oportunamente introducida en el juicio y mantenida en las oportunidades procesales debidas gira en torno a la validez de una norma local por considerar que contraría la Constitución Nacional y la decisión impugnada sostiene la validez de esa regla local. *(Voto en disidencia del señor juez Julio B. J. Maier).*

Expte. nº 5355/07 - 4/6/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

Aarón Lalo interpuso recurso extraordinario federal (fs. 327/335) contra la decisión de fecha 12/3/2008 (fs. 306/319) mediante la cual el Tribunal decidió declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad en lo que se refiere a la tacha de arbitrariedad de la sentencia de fs. 211/ 216 vta. y a la "superposición de aportes"; y rechazarlo con relación a la idoneidad de la vía escogida.

Corrido el traslado pertinente, CASSABA solicitó su rechazo (fs. 338/353 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. El recurrente ha cumplido con los requisitos formales exigidos por la ley para la interposición del recurso.

Los agravios planteados en el recurso se dirigen, fundamentalmente, a tres cuestiones: *a)* se trata de una "causa" en los términos del art. 106 de la CCBA, *b)* la inconstitucionalidad de los arts. 1º, 5º, 22, 62, incs. 1º y 4º, 67 y Disposición Transitoria Octava de la ley local nº 1181 y de la reglamentación correspondiente a los arts. 5º y 62, incs. 1º y 4º (resol. CASSABA-004-A/05) por vulnerar el principio constitucional de la superposición de aportes establecida por el art. 14 bis de la C.N., *c)* la arbitrariedad de la sentencia en tanto consideró que no estaban presentes los presupuestos de admisibilidad del amparo.

2. Basta para desestimar la primera de las cuestiones, señalar que el recurrente lo logra rebatir los argumentos expuestos en el pronunciamiento de fs. 306/319. En efecto, las razones dadas no alcanzan a desvirtuar los fundamentos allí vertidos en lo que atañe a la falta de identificación de una relación jurídica concreta —honorario o trabajo determinado— a que esté referido, sino que ellas tan sólo traducen una discrepancia con la interpretación adoptada por este Tribunal.

3. Igual suerte ha de correr la objeción relativa a la arbitrariedad de la sentencia por no presentarse los presupuestos de admisibilidad del amparo.

Es que en tanto sostuve en el fallo recurrido —con las adhesiones de los jueces Lozano, Conde y Casás— que no habían sido verificadas en el caso las condiciones constitucionales exigidas para la tramitación del juicio por vía de amparo, la sentencia dictada no es definitiva, a los fines del recurso extraordinario federal. Reiterada jurisprudencia de la CSJN establece que resulta particularmente necesario en esta clase de juicios (amparos) que, al interponer el recurso extraordinario, el apelante demuestre que el pronunciamiento impugnado posee carácter definitivo, en el sentido de que el agravio alegado es de insuficiente o tardía reparación ulterior, precisamente porque no habría posibilidad en adelante —o ésta sería inoportuna— para volver sobre lo resuelto (*Fallos,* 307:444, 308:1832, consid. 5º y sus citas, 312:262 y 357, 315:1059, entre otros). Esta doctrina ha sido reiterada recientemente por la Corte en su actual composición en el caso "M. 291. XL. Recurso de hecho. Ministerio de Salud y/o Gobernación s/acción de amparo", sent. del 31/10/2006.

Por otra parte, los argumentos que, en este sentido, esgrime el recurrente no distan de ser conjeturales, pues se vinculan principalmente con el temor de que, planteada nuevamente la cuestión, "los tribunales entiendan que ya se ha definido el entuerto en contra de las pretensiones de quien acciona".

Por lo demás, el recurrente no parece haber reparado en que la impertinencia de la vía —amparo— sólo se utiliza en su justo límite, esto es, para advertir que,

aun ya arribados a la sentencia, todavía no resulta evidente o manifiesta la lesión de derechos o garantías dispuestos constitucionalmente, límite de la decisión según la vía elegida por el mismo actor recurrente.

4. El tercer motivo del recurso se refiere a la lesión por la reglamentación local de la prohibición de superposición de aportes previsionales, conforme al art. 14 bis de la C.N. Cualquiera que sea mi opinión al respecto, el recurso menciona uno de los casos genéricos establecidos en el art. 14 de la ley nacional 48, reguladora en origen del recurso extraordinario federal, y así se refiere a una cuestión federal. El recurso cuestiona la validez de la norma local —la ley 1181 y su reglamentación— por considerar que contraría a la Constitución Nacional —art. 14 bis— y la decisión impugnada sostuvo la validez de la regla local citada. Se trata de una cuestión oportunamente introducida en el juicio (ver demanda, fs. 2 vta.) y mantenida en las oportunidades debidas (contestación del recurso de apelación interpuesto por CASSABA, fs. 198/199 vta., y recurso de inconstitucionalidad interpuesto por su parte, fs. 221/228).

En relación con este agravio el recurso debe ser concedido, de conformidad a lo dispuesto por el art. 14, inc. 2º de la ley nacional 48 (conf. voto del juez Luis F. Lozano en los autos "Ortiz Massey, Ramiro y otra c/Caja de Seguridad Social para Abogados de la CABA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 5306/07, resolución del 27/12/2007).

5. De acuerdo con lo que he expresado en los puntos anteriores corresponde conceder parcialmente el recurso interpuesto por la actora a fs. 327/335, e imponer las costas de la instancia en el orden causado, por existir vencimientos recíprocos.

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

1. El recurso extraordinario federal interpuesto a fs. 327/335 debe ser denegado, por las consideraciones que se expondrán a continuación.

2. En primer lugar, el actor se agravia de la decisión que consideró que los planteos referidos a la supuesta violación al derecho de propiedad que importaría la aplicación del art. 62, inc. 1º, de la ley 1181 sobre honorarios devengados con anterioridad a la entrada en vigencia de la aludida ley no configuran una "causa" judicial en los términos del art. 106 de la CCBA.

En este punto, tal como lo advierte el señor juez de trámite, doctor Julio B. J. Maier, las manifestaciones del señor Lalo sólo trasuntan una discrepancia con lo resuelto mas no logran desvirtuar el razonamiento adoptado por este Estrado ni demuestran que en autos efectivamente se encuentren precisadas las relaciones jurídicas concretas que permitirían delimitar la pretensión de la demanda. Esta circunstancia priva al recurso del requisito de adecuada fundamentación exigido por la doctrina de *Fallos,* 283:404; 302:155; 311:169, 542; 316:420; entre muchos otros, y sella su suerte adversa.

Por lo demás, el planteo relativo a la supuesta afectación de la garantía de acceso a la justicia que implicaría esta decisión carece de sustento en cuanto se advierte que en autos, más allá de su acierto o error, han mediado pronunciamientos judiciales de las tres instancias de la jurisdicción local.

3. En punto al agravio relativo a la supuesta vulneración de la prohibición constitucional de superposición de aportes (art. 14 bis, C.N.) en que incurrirían diversas disposiciones de la ley local 1181 y de su reglamentación, cabe destacar que oportunamente este Tribunal consideró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad interpuesto con motivo en que la parte actora no se había encargado de poner en crisis las distinciones efectuadas por la Cámara en su sentencia ni había intentado desvirtuar el razonamiento allí desarrollado. Así las cosas, resulta oportuno recordar que nuestro Tribunal cimero ha entendido que las decisiones por las cuales los tribunales locales declaran la improcedencia de los recursos de orden local que se interponen ante ellos son ajenas, en principio, a la instancia extraordinaria (doctrina de *Fallos,* 299:268; 308:1577; 311:100; entre muchos otros).

4. Por último, en lo que respecta a la alegada arbitrariedad de la sentencia que consideró que no estaban presentes los presupuestos de admisibilidad del amparo, también compartimos las consideraciones vertidas por el señor juez de trámite al respecto, en tanto precisan que la sentencia ahora recurrida no resulta ser un pronunciamiento definitivo, ni equiparable a tal, a los fines del recurso extraordinario federal, conforme a la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación reseñada en el voto al que nos remitimos en este punto.

Por los motivos expuestos, corresponde denegar el recurso interpuesto por el señor Aarón Lalo e imponer las costas de esta instancia a la vencida, por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 68, CPCCN).

Así lo votamos.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Adhiero al voto de mis colegas, los jueces Ana María Conde y José O. Casás.

Por ello y, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal planteado por Aarón Lalo, con costas.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva como está ordenado a fs. 319.

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

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

CXII

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

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Requisitos. Acordada 4/07 CSJN. Cuestión federal. Doctrina de la CSJN. Derecho público local. Autonomía local. CUESTIÓN DE COMPETENCIA: Sentencia definitiva. Metrovías.

SUMARIOS:

1. La existencia de una cuestión local, a los fines del recurso de inconstitucionalidad, no significa directamente que también se presente una cuestión federal. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

2. En principio, los pronunciamientos de la CSJN sólo obligan a los tribunales de instancias inferiores en los casos en los que han sido dictados. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

3. La doctrina emergente de los pronunciamientos de la CSJN no es de acatamiento general pues no constituyen una fuente normal de derecho prevista en el art. 31 de la C.N. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

4. Las cuestiones locales son, por regla, ajenas al control de la CSJN, por vía del recurso extraordinario federal, pues el respeto a las autonomías locales requiere que se reserve a sus jueces el conocimiento y decisión definitiva de las causas que, en lo sustancial, versan sobre la interpretación y aplicación de las normas locales. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

5. El recurso extraordinario federal carece del requisito de adecuada fundamentación cuando no se rebaten los fundamentos desarrollados en la sentencia que se impugna. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

6. La mera existencia de un contrato de concesión, cuyo concedente es la Nación, no importa por sí misma la exclusión de la competencia local. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

7. El examen de la validez de un acto emanado del Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad de Buenos Aires depende de la interpretación y aplicación de normas locales y de derecho común. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

8. La sentencia que resuelve un problema de competencia, ya por incidente, ya de oficio, emanada del órgano facultado para ello, no es, por regla, una sentencia definitiva. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

9. Corresponde a la CSJN dirimir un conflicto de competencia entre dos tribunales de distinta jurisdicción judicial que se consideran a la vez competentes o incompetentes para decidir el caso. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

Expte. nº 5446/07 - 4/6/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La empresa Metrovías S.A. dedujo mediante apoderados, recurso directo de apelación ante la Sala I de la Cámara CAyT de la Ciudad (fs. 226/250 vta.) contra la resol. 59-EURSPCABA/06 emitida por el Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por considerar que es nula de nulidad absoluta y manifiesta en tanto adolece de vicios esenciales en la competencia, en la causa y en el procedimiento; y por violar el principio del respeto de los propios actos y los correspondientes al derecho administrativo sancionador. Señala que si bien se presenta conforme lo exige el art. 21 de la ley 210 —reguladora del Ente Único Regulador de los Servicios Públicos—, solicita como cuestión de previo y especial pronunciamiento la declaración de incompetencia del fuero Contencioso Administrativo de la Ciudad y que se giren las actuaciones a la Justicia Federal en lo Contencioso Administrativo. Considera que mientras la resolución cuestionada sanciona a Metrovías por supuestos incumplimientos del Contrato de Concesión, el art. 23 del propio Contrato de Concesión establece que a los efectos derivados del contrato, las partes se someten a la jurisdicción Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal, con exclusión de otro fuero o jurisdicción.

Asimismo, solicita la citación del Estado nacional —por considerar que la concesión de la que es titular es una concesión nacional de carácter federal—, y la suspensión de los efectos del acto cuestionado, de acuerdo con el art. 189, CCAyT.

2. La Sala I de la Cámara CAyT consideró que la causa versa sobre la impugnación de un acto administrativo emanado de una autoridad administrativa del Estado local, por lo que rechazó el planteo de incompetencia. Además, concedió la medida cautelar solicitada y declaró, de oficio, la inconstitucionalidad del art. 22, inc. 5º, de la ley 210 que exige, implícitamente el pago previo de la multa cuestionada (fs. 252/252 vta.).

3. Contra esa decisión Metrovías interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 264/271), que previa contestación por el GCBA (fs. 296/300) fue denegado por la Cámara (fs. 273/273 vta.) por considerar que el fallo no reúne la condición de definitivo en relación a ninguna cuestión constitucional y la apelante no demostró que la resolución le ocasione un perjuicio irreparable.

4. Metrovías dedujo el recurso de queja previsto en el art. 33 de la ley 402 (fs. 283/291 vta.). Requerido su dictamen, el Fiscal General Adjunto propuso el rechazo de la queja (fs. 306/308).

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

La Sala interviniente dispuso desestimar el planteo de incompetencia de la jurisdicción local por remisión a los fundamentos que ella expresara al resolver la causa "Metrovías S.A. c/GCBA s/impugnación de actos administrativos", expte. nº 1599/0 del registro de dicho tribunal. El rechazo del recurso de inconstitucionalidad que Metrovías interpusiera contra esa sentencia, dio lugar a la queja que tramita ante este Tribunal por expte. nº 5449/07 "Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Metrovías S.A. c/GCBA s/impugnación de actos administrativos'", que se resuelve en el día de hoy.

Por tratarse de asuntos sustancialmente similares, con remisión a los fundamentos que expuse en la sentencia dictada en el expte. nº 5449/07 —que son incorporados mediante el agregado de copia de esa decisión a este expediente— voto por admitir la queja planteada por Metrovías, devolver el depósito efectuado, y rechazar el recurso de inconstitucionalidad. Las costas se imponen a la vencida, por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 62, primer párrafo, CCAyT).

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Las resoluciones que deciden cuestiones de competencia, por regla, no constituyen sentencia definitiva a los efectos del recurso de inconstitucionalidad. En cambio, es equiparable a tal, la resolución que suponga sustraer una causa de la jurisdicción local (conf. TSJBA *in re* "GCBA c/Soto, Alberto Sabino s/recurso de queja s/sumarísimo", expte. nº 726/00, resolución del 21/3/2001). También lo sería aquella que importe la denegatoria del fuero federal, porque su eventual revisión por la CSJN en la vía extraordinaria, exige que el debate sobre el punto fenezca ante el Superior Tribunal de la jurisdicción local (*Fallos,* 306:480 y 311:2478).

Desde su primer presentación, Metrovías S.A. postuló la competencia del fuero Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal para intervenir en autos, planteo que fue rechazado por la resolución de fs. 252 y que, ante la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad articulado en su contra, originó esta queja. Así entonces, por estar controvertido un pronunciamiento que denegó el fuero federal invocado por la actora, corresponde equiparar esa sentencia a una definitiva, admitir la queja y resolver el recurso de inconstitucionalidad de fs. 264/271.

2. Ante todo, cabe recordar que, a los efectos de dilucidar cuestiones de competencia, debe atenderse a la exposición de los hechos que el actor hace en la demanda, y después, sólo en la medida que se adecue a ellos, el derecho que se invoca como aplicable al caso (conf. mi voto *in re* "Auditoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/Coordinación Ecológica Área Metropolitana Sociedad del Estado (CEAMSE) s/acción meramente declarativa", expte. nº 3944/05, resolución del 30/11/2005 y *Fallos,* 324:2031 entre muchos otros).

En el *sub lite* la recurrente articuló el recurso directo previsto por el art. 23 de la ley 210, a fin de impugnar la resol. 59-EURSPCABA/06, por medio de la que

el Ente Único Regulador de los Servicios Públicos de la CABA había sancionado a Metrovías S.A. con una multa de $ 8.300 "por los incumplimientos constatados en las Líneas B y D en los controles realizados durante el mes/11/2003" (coches despachados de menos), y bajo la invocación de los arts. 2º, 3º, 20 y 22 de la ley 210, arts. 15 y 16 de la ley 757 y art. 47 de la ley 24.240. Para lo que ahora importa, solicitó como cuestión de previo y especial pronunciamiento la declaración de competencia de los "Tribunales Federales en tanto (...) son ellos quienes deben analizar el cumplimiento o incumplimiento del Contrato de Concesión" (fs. 266). También requirió la citación del Estado nacional y objetó la validez de la resolución 59/2006, entre otros motivos, por ausencia de competencia del órgano emisor para imponer la sanción allí dispuesta. Finalmente pidió el dictado de una medida cautelar para suspender los efectos de la resolución impugnada (fs. 226/250).

3. Por su parte, también corresponde señalar que a fin de decidir la radicación de las causas en las que estuviera de algún modo involucrado el servicio de subterráneos que opera en esta ciudad, cuando la competencia quedara disputada entre la justicia de la CABA y la federal, la CSJN tiene dicho que corresponde intervenir a esta última si "(...) a los efectos de resolver la pretensión de la actora, será necesario examinar las disposiciones que rigen la concesión del servicio y verificar el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la demandada" [en el caso, la concesionaria] (*Fallos,* 328:2716).

Bajo las pautas enunciadas, que por lo demás coinciden con las que había establecido este Tribunal —aunque luego el precedente fuera revocado al diferir la CSJN en cuanto a su aplicación a los hechos de la controversia, por los alcances que ese estrado atribuyó a la pretensión en juego—, corresponde resolver los planteos formulados (conf. TSJBA *in re* "Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Asociación Vecinal Belgrano 'C' Manuel Belgrano y otros c/GCBA y otro s/amparo'", expte. nº 1201/01, resolución del 10/9/2003).

4. En autos se controvierte, según la exposición de los hechos formulada por Metrovías S.A. la validez de un acto administrativo emanado del EURSP de la CABA que buscó apoyo en normas de carácter local y en el régimen que la ley 24.240 regula para ser aplicado por las provincias y la CABA.

En efecto, para lo que ahora importa, la resolución impugnada para arribar a la sanción en cuestión, analizó "los alcances del poder de policía local sobre los servicios públicos" que según explicó, en la visión tradicional, se proyectan "en materia de moralidad, de salubridad y de seguridad". A su vez, señaló que en relación con "la defensa y protección de los derechos de (...) usuarios y consumidores, de la competencia y del medio ambiente" el Ente podría actuar "en forma concurrente con otras jurisdicciones". También pasó revista de la normativa local que enmarca las funciones de policía de la CABA y las del órgano regulador (v. gr. arts. 80, 46, 104 y 138 de la CCBA y leyes 210, 757 y 899), en especial recordó que la Ley de Defensa del Consumidor establece en su art. 41 que "las provincias y la Ciudad de Buenos Aires actuarán como autoridades de aplicación local respecto

de los hechos sometidos a su jurisdicción". Así, la resolución 59/2006 concluyó que "de la interpretación armónica de la normativa citada surge que al Ente Único Regulador de los Servicios públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (...) le corresponde ejercer ese poder de policía en lo que hace al control, seguimiento y resguardo de la calidad de los servicios públicos" bajo su control porque, además, es autoridad de aplicación de la ley nacional 24.240. También formuló referencias al contrato de concesión así como a las potestades de control que la CABA tendría a su cargo (fs. 2/10).

Sin embargo, a criterio de la recurrente, el pleito, en razón de la materia y lo dispuesto por el contrato de concesión del servicio, corresponde a la jurisdicción federal. En tal sentido Metrovías S.A. argumentó que "la concesión de la que es titular (...) es una concesión nacional, en la que el Estado nacional reviste la condición de concedente y todo el marco normativo que regula la misma se mantuvo en ese ámbito" así como que el Estado nacional conserva el control de la concesión hasta tanto se cumplan los actos de transferencia a la Ciudad, lo cual al presente no ha ocurrido" (fs. 266 vta.). Finalmente, dijo que para analizar la cuestión de fondo sería necesario examinar las disposiciones que rigen la concesión del servicio y verificar el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la demandada, circunstancia que conforme al precedente de la CSJN que cita en su apoyo, correspondería declinar la competencia a favor del fuero federal (fs. 268).

5. A esta altura del proceso, y a los efectos de resolver el planteo de incompetencia, adelanto que los argumentos de la recurrente no logran demostrar que la decisión de autos, vinculada con la validez o invalidez de un acto administrativo de carácter local, verse sobre materia federal, remita a la aplicación de normas federales, o requiera, de modo principal, analizar el contrato de concesión y su cumplimiento. Tampoco que controlar el alcance atribuido al poder de policía ejercido mediante la resolución atacada, exceda el ámbito normativo local que el Poder Judicial de la CABA debe aplicar para resolver las controversias sometidas ante sus tribunales (arts. 129, C.N. y art. 106 de la CCBA). Aunque Metrovías S.A. postula que todo ejercicio de control sobre el servicio que presta comprometería la interpretación del contrato, sin advertir la diferencia que existe entre interpretar un contrato y ejercer potestades sancionatorias —originadas en el poder de policía o en el régimen de consumidores y usuarios— que toman al contrato como antecedente, no indica de qué modo la resolución del EURSPCABA avanzó sobre la interpretación del contrato de concesión ni por qué idéntica necesidad pesará sobre los jueces que revisen la multa cuestionada.

Por lo demás, la recurrente omite acreditar cómo la sanción impuesta afectaría la normal prestación del servicio. Ello así su planteo, analizado bajo las reglas aplicables a los establecimientos de utilidad nacional, para progresar debería demostrar, por un lado, que las potestades concurrentes que invoca la autoridad local, no existen, o que su ejercicio interfiere de manera concreta con la normal prestación del servicio de que se trata. Por otro lado, de todos modos, habría que distinguir

entre lo que se refiere a la legitimidad de la sanción y lo que atañe a la competencia del estado cuyos jueces deben controlar el acto impugnado.

En línea con lo dicho, en ocasión de expedirme sobre la existencia de centros inmunes al poder de policía local sostuve que "los poderes de la Nación y los de las entidades políticas locales con facultades propias de legislación y jurisdiccionales conviven sobre el mismo territorio[24], aun el de la Capital Federal cuya legislatura es la de la Ciudad y no el Congreso (cláusula transitoria séptima de la C.N.), con excepción de aquellas ocasiones en que un poder está previsto como privativo (imposición aduanera, para la Nación, u organización judicial local, para los gobiernos locales, p. ej.) o cuando, por razones de hecho, el ejercicio superpuesto es imposible, en cuyo caso prevalece el de la Nación (doctrina sentada *in re* "Mc Culloch v. Maryland" [17 U.S. 316, 1819], y recogida por la CSJN en *Fallos,* 240:311; 305:1381; 306:1883; 308:403 y 647; 314:1425; 315:751, entre otros)" (v. mi voto *in re* "Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/inf. falta de habilitación y otros'", expte. nº 4808/06, resolución del 20/12/2006).

6. La recurrente no acredita por qué correspondería a la justicia federal decidir si la sanción cuestionada excede las atribuciones derivadas del poder de policía propio de la CABA, o establecer si la potestad ejercida en el marco de la ley 24.240 quedaría ilegítimamente superpuesta con idéntico control proveniente de la órbita federal (v. art. 41 de la norma mencionada).

Cabe señalar que, entre una multa retributiva, impuesta en sede local, y las sanciones disponibles para la autoridad nacional, destinadas a asegurar el funcionamiento del servicio público conforme a las condiciones que habilitan su prestación, no se verifica la identidad exigida para tener por configurado un supuesto de doble sanción ilegítima como pretende la recurrente para fundar la competencia federal que reclama (fs. 269).

En este punto, nuevamente, los argumentos que invoca Metrovías S.A. no son conducentes para dirimir la competencia discutida sino, en todo caso, para resolver la pretensión de fondo.

7. El ejercicio de la competencia jurisdiccional aludida, ciertamente no impedirá la revisión de las cuestiones federales que Metrovías S.A. estimara configuradas, mediante el recurso previsto en el art. 14 de la ley 48 que, cumplidos los recaudos pertinentes, permitiría a la CSJN neutralizar desbordes de los poderes locales en desmedro de potestades conferidas al gobierno nacional.

8. En las condiciones indicadas, habiendo puesto la recurrente en tela de juicio un acto administrativo local dispuesto, según el EURSPCABA, en uso del poder de

[24] *Art. 75, inc. 30. —* "...Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines".

policía conferido por la CCBA, sus leyes reglamentarias, y las normas que regulan los derechos de usuarios y consumidores, no surge de la pretensión esgrimida cuál sería la relación jurídica que involucra al Estado nacional que justifique citarlo al juicio. Por el momento, los argumentos de Metrovías S.A. no muestran que la sanción resistida colida con poderes ejercidos por autoridades nacionales, o que ella pudiera tener impacto sobre eventuales compensaciones a cargo del Estado nacional, como esa parte pretende en su recurso. A este respecto, las críticas de la recurrente, en todo caso, conjeturan perjuicios económicos que no provendrían del ejercicio del poder de policía resistido, sino de uno posterior como lo sería la potestad de ejecutar la multa. En esa oportunidad, corresponderá, si fuera el caso, analizar la existencia de un gravamen concreto que pudiera impactar sobre la competencia de la justicia local para intervenir en el asunto suscitado por la mentada ejecución.

De todos modos, cabe recordar que la jurisdicción local otorgó una medida cautelar que suspende la ejecutoriedad de la sanción y el consiguiente deber de depositar el importe aludido.

Por el momento, entonces, ante la ausencia de elementos que permitan conectar los agravios de la actora en relación con la sanción impugnada y la ejecución del contrato de concesión a cargo de Metrovías S.A. pierde sustento la necesidad invocada por la recurrente, de citar al Estado nacional para que "la sentencia que en el presente caso se dicte, una vez firme, le sea oponible tanto a la Comisión Nacional de Regulación del Transporte (...) como a la Secretaría de Transporte de la Nación (...)" (fs. 247 vta. y 268 vta.).

En consecuencia, y sin que los fundamentos expuestos impliquen expedirse con un alcance mayor que el requerido para resolver las cuestiones de previo y especial pronunciamiento planteadas por Metrovías S.A. corresponde admitir la queja y rechazar el recurso de inconstitucionalidad. Las costas se imponen a la vencida, por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 62, primer párrafo, CCAyT).

El juez José O. Casás dijo:

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

En efecto, tal como lo subrayara mi distinguida colega *in re*: "Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Metrovías S.A. c/GCBA s/impugnación de actos administrativos'", expte. nº 5449/07, resuelto en el día de la fecha, ésta no es la oportunidad para emitir opinión sobre si el Ente Único Regulador de los Servicios Públicos de la Ciudad era o no competente para sancionar a Metrovías por los presuntos incumplimientos que dieron lugar a la multa impugnada. Lo que aquí se dilucida es qué tribunal resulta competente para tramitar la pretensión de autos, que tiene por objeto cuestionar la validez de un acto administrativo emanado de una autoridad administrativa local —resol. 59-EURSP-CABA/06 del Ente Único Regulador de los Servicios Públicos de la Ciudad—. Y, como fuera destacado, el proceso expresamente previsto a tal fin es aquel dispuesto en el art. 21 de la ley local 210.

Así lo voto.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

En lo que resulta relevante, la cuestión debatida en autos es sustancialmente similar a aquella traída a conocimiento del Tribunal en la causa "Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Metrovías S.A. c/GCBA s/impugnación de actos administrativos'", expte. nº 5449/07, cuya copia se acompaña al presente.

Por ello, por razones de brevedad, me remito a los fundamentos que expuse en aquella oportunidad. En consecuencia, voto por rechazar la queja intentada por la actora.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

A mi juicio, las decisiones de la Corte Suprema que amplían el significado de *sentencia definitiva* a decisiones interlocutorias iniciales de un procedimiento judicial, no son correlato de una interpretación correcta del art. 14 de la ley 48. En ese sentido, ya he expuesto múltiplemente que la sentencia que resuelve un problema de competencia, ya por incidente, ya de oficio, cuando quien lo decide tiene facultad para ello, no es, en caso alguno o, cuando menos, por regla, una sentencia definitiva. Y no lo es tampoco, cuando el problema de competencia consiste en el entrecruzamiento de dos jurisdicciones distintas, por ejemplo, la de los tribunales de la CABA frente a los tribunales nacionales, de una provincia frente a los de otra o de una provincia frente a tribunales nacionales o federales (ver mis votos en las causas "GCBA c/Soto, Alberto Sabino s/recurso de queja s/sumarísimo", expte. nº 726/00, resolución del 21/3/2001; "GCBA s/queja por recurso de apelación denegado en 'GCBA c/Empresa Nacional de Correos y Telégrafos [ENCOTESA] s/ejecución fiscal'", expte. 1892, sent. del 12/2/2003; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'GCBA c/Osvaldo Buzzetti S.A. s/otras causas donde la autoridad administrativa es actora'", expte. nº 2270, resolución del 11/6/2003; "GCBA c/Ledesma Miguel Ángel s/medida cautelar s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. 2314, sent. del 5/11/2003; "Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Laguna, Guillermo Mario c/GCBA y otro s/daños y perjuicios [excepto resp. médica]'", expte. nº 2330, 11/12/2003; "OSCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Herrero, José Javier c/GCBA s/cobro de pesos'", expte. nº 3195, resolución del 30/3/2005; expte. nº 4591/06 "Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Rodas, María Antonia c/GCBA y otros s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)'", a los que remito por razón de brevedad).

Mucho menos puede servir la inteligencia que la Corte Suprema le proporciona a la voz "sentencia definitiva" para interpretar el requisito que, con palabras idénticas, fija el art. 27 de la ley local 402, para el recurso de inconstitucionalidad. Aquí es claro que sentencia definitiva es la que finaliza el pleito en las instancias de mérito.

Pero lo que más desconcierta es la actitud de la actora que, sosteniendo la competencia de tribunales de otro estado —ante los cuales pudo haber demandado— se presenta ante jueces que estima incompetentes y hace valer, precisamente su queja por esa incompetencia de los jueces que él mismo ha elegido para demandar (conf. art. 21, ley local 210) cual si se planteara una excepción a su propia demanda ¿Cuál es la razón por la que no se presentó ante los jueces nacionales o federales establecidos en el mismo territorio donde demandó?, resulta ser una pregunta sin respuesta. Todo suena a pérdida de tiempo.

Si no se trata de una resolución con carácter de definitiva (sentencia que resuelve el conflicto planteado por la acción intentada), el recurso de inconstitucionalidad previsto por el art. 113, inc. 3º, CCBA y por el art. 27, LPTSJ (ley 402 de la Ciudad de Buenos Aires) resulta improcedente. Como consecuencia de lo expuesto, corresponde no hacer lugar a la queja y rechazar, por tanto, el recurso de inconstitucionalidad, con costas al recurrente.

Por ello, emitido el dictamen del Fiscal General Adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Admitir* el recurso de queja interpuesto por Metrovías S.A. y devolver el depósito de fs. 280.

2º. *Rechazar* el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la actora, con costas a la vencida.

3º. *Agregar* a este expediente copia de la sentencia dictada por el Tribunal de fecha 27/2/2008, en los autos "Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Metrovías S.A. c/GCBA s/impugnación de actos administrativos'" (expte. nº 5449/07).

4º. *Mandar* que se registre, se notifique con copia de la sentencia indicada en el punto 3 y, oportunamente, se remita a la Sala interviniente para que sea agregada a los autos principales.

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

En similar sentido se resolvió en las causas 5447/07 "Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Metrovías S.A. c/GCBA y otros s/otros rec. judiciales c/res. pers. públicas no est.'"; nº 5448/07 "Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Metrovías S.A. c/GCBA y otros s/otros rec. judiciales c/res. pers. públicas no est.'" y nº 5449/07 "Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Metrovías S.A. c/GCBA y otros s/otros rec. judiciales c/res. pers. públicas no est.'", también del 4/6/2008.

CXIII

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSOR GENERAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'INCIDENTE DE APELACIÓN POR PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN EN ONISZCZUK, CARLOS ALBERTO S/INFRACCIÓN LEY 255'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Acción contravencional.

SUMARIO:

1. El agotamiento de la acción contravencional priva de sentido a toda discusión sobre la posibilidad de que aquella se haya extinguido por prescripción, y no permite acreditar la existencia de un agravio posible de ser subsanado a través del recurso extraordinario federal. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde, Luis F. Lozano y José O. Casás).*

Expte. nº 5514/07 - 4/6/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Defensor General de la Ciudad interpuso recurso extraordinario federal (fs. 170/187) contra la decisión de este Tribunal de fecha 4/4/2008, mediante la cual se rechazó el recurso de queja agregado a fs. 134/145.

El recurrente solicita la apertura de la vía extraordinaria federal por considerar que la resolución del TSJBA —a la cual tildó de arbitraria— lesionó la garantía de duración razonable del proceso, el principio de legalidad y el derecho de defensa, todo ello, en razón del modo en que se interpretaron las reglas que regulan el instituto de la prescripción de la acción contravencional y en tanto se hizo pesar un error de la asistencia técnica del imputado —no haberle informado a la CSJN respecto del planteo de extinción de la acción que articuló en primera instancia— en perjuicio de este último.

2. El Fiscal General Adjunto, al momento de contestar el traslado conferido (fs. 190), señaló que el recurso extraordinario federal de la defensa debe rechazarse sin más trámite y con costas, debido a que ha recaído sentencia definitiva en esta causa y, por lo tanto, el remedio intentado es manifiestamente improcedente.

FUNDAMENTOS:

El juez Julio B. J. Maier dijo:

Pese a que la defensa cumplió con los requisitos básicos para la interposición del recurso extraordinario federal (incluidos en el CPCyCN y en la Acordada CSJN 4/07), el remedio mencionado debe ser denegado.

Tal como afirmé en la decisión del 4/4/2008, por la cual el Tribunal rechazó la queja interpuesta a favor del señor Oniszczuk, la acción se ha agotado y, por lo tanto, ninguna discusión —ni en el ámbito local ni en el federal— sobre la posibilidad de que aquella se haya extinguido por prescripción tiene sentido. Es justamente ese razonamiento el que permite declarar inadmisible el REF de la defensa, el cual —pese a la invocación de normas propias del derecho federal— no puede, ni tampoco podría porque ya no hay acción contravencional en curso, acreditar la existencia de un agravio posible de ser subsanado por una decisión de la CSJN.

Los jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano dijeron:

Adherimos al voto del juez de trámite, doctor Julio B. J. Maier.

El juez José O. Casás dijo:

El recurso extraordinario federal interpuesto a fs.170/187 debe ser denegado por los fundamentos expuestos en el voto del doctor Julio B. J. Maier, al que adhiero. El recurrente, más allá de discrepar con la decisión de este Tribunal, sólo reitera las argumentaciones expuestas en el recurso de queja rechazado sin lograr demostrar la existencia de una cuestión federal que habilite la competencia de excepción ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (art. 14, ley 48). La defensa ha omitido vincular las garantías que reiteradamente invoca en torno a la interpretación que, a su criterio, debe darse al art. 31, ley 10 que regula el instituto de la prescripción de la acción —la duración razonable del proceso, el principio de legalidad y la garantía de defensa en juicio— con el fundamento básico de la decisión que aquí se pretende impugnar, que no ha sido claramente controvertido. Por lo demás, la ausencia de una cuestión federal no puede ser suplida por la mera tacha de arbitrariedad formulada por el recurrente.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal agregado a fs. 170/187.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se cumpla con lo ordenado a fs. 166, punto 2.

La jueza Alicia E. C. Ruiz no suscribe esta resolución por estar en uso de licencia.

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

CXIV

"METROVÍAS S.A. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'METROVÍAS S.A. C/ENTE ÚNICO REGULADOR DE SERVICIOS PÚBLICOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES S/OTROS REC. JUDICIALES C/RES. PERS. PÚBLICAS NO EST.'"

RECURSO DE QUEJA: Recurso de inconstitucionalidad: sentencia equiparable a definitiva. Denegatoria del fuero federal. Derecho público local. Metrovías. Contrato de concesión. Poder de policía. COMPETENCIA: Fuero contencioso administrativo y tributario local. Autonomía de la Ciudad de Buenos Aires.

SUMARIOS:

1. Las decisiones en materia de competencia, por regla, no son sentencias definitivas pero resultan equiparables a tales cuando media denegatoria del fuero federal. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante ver voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

2. Los actos administrativos de la Administración pública porteña deben ser cuestionados ante el Poder Judicial del mismo Estado local, máxime cuando se trata de una relación de derecho público local, como lo es el ejercicio del poder de policía. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante ver voto del señor juez José O. Casás).*

3. El Poder Judicial de la CABA tiene competencia para entender en las acciones judiciales que cuestionen actos dictados por el Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la CABA. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

4. En el recurso extraordinario federal interpuesto no se ha demostrado que la decisión cuestionada relativa a la validez o invalidez del acto administrativo de carácter local verse sobre materia federal, remita a la aplicación de normas federales, o requiera, de modo principal interpretar el contrato de concesión y su cumplimiento. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

5. Los poderes de la Nación y los de las entidades políticas locales con facultades propias de legislación y jurisdiccionales conviven sobre el mismo territorio, aun el de la Capital Federal, cuya Legislatura es la de la Ciudad y no el Congreso de la Nación, y prevalece el poder de la Nación cuando está previsto como privativo o cuando por razones de hecho, el ejercicio superpuesto es imposible. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

6. Entre una multa retributiva, impuesta en sede local, y las sanciones disponibles para la autoridad nacional, destinadas a asegurar el funcionamiento del servicio público conforme a las condiciones que habilitan su prestación, no se verifica la identidad exigida para tener por configurado un supuesto de doble sanción ilegítima, que pudiera dar sustento a la pretensión de aplicar la competencia federal. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

7. El argumento dirigido a equiparar a sentencia definitiva la denegatoria del fuero federal no es viable en el marco del recurso de inconstitucionalidad regulado en los arts. 27 a 32 de la ley 402, a diferencia de lo que ocurre a los efectos de la admisibilidad del recurso extraordinario federal. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante ver voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

8. La equiparación a sentencia definitiva sólo se justifica cuando la decisión recurrida sustrae definitivamente la causa de la jurisdicción local, supuesto que no se cumple cuando la sentencia cuestionada declara que la justicia del fuero contencioso administrativo y tributario de la Ciudad es competente para entender en el proceso. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante ver voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

9. La sentencia que resuelve un problema de competencia, ya por incidente, ya de oficio, cuando quien lo decide tiene facultad para ello, no es, por regla, una sentencia definitiva; y no lo es tampoco, cuando el problema de competencia consiste en el entrecruzamiento de dos jurisdicciones distintas, por ejemplo, la de los tribunales de la CABA frente a los tribunales nacionales, de una provincia frente a los de otra o de una provincia frente a tribunales nacionales o federales. *(Voto en disidencia del señor juez Julio B. J. Maier).*

Expte. nº 5568/07 - 10/6/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Metrovías S.A. (en adelante, "Metrovías") interpuso recurso directo de apelación ante la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad (fs. 459/475) contra la resol. 21-EURSPCABA/07 emitida por el Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que le impuso una multa de $ 226.100 conforme a los arts. 2º, 3º, 20 y 22 de la ley 210; arts. 15 y 16 de la ley 757 y art. 47 de la ley 24.240 y le ordenó la publicación de la sanción a su costa en el diario de mayor circulación de la Ciudad.

La actora sostuvo que el acto administrativo impugnado era nulo de nulidad absoluta y manifiesta dado que adolecía de vicios esenciales en su competencia, causa y procedimiento al tiempo que violaba el principio del "respeto de los propios actos" (fs. 459) y los principios correspondientes al derecho administrativo sancionador.

Si bien la accionante se presentó en los términos del art. 21 de la ley 210 —reguladora del Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires—, planteó como cuestión de previo y especial pronunciamiento que se declarase la incompetencia del fuero contencioso administrativo de la Ciudad y se remitieran las actuaciones a la justicia federal en lo contencioso administrativo. Manifestó que el art. 23 del contrato de concesión y el art. 19 de su addenda prevén que aquél se encuentra sometido a la jurisdicción nacional y sujeto a la competencia de los tribunales del fuero nacional en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal, con exclusión de otro fuero o jurisdicción.

Asimismo, Metrovías requirió la citación del Estado nacional ya que, sostuvo, que es titular de una concesión nacional de carácter federal. También pidió que se suspendieran los efectos de la resol. 21-EURSPCABA/07 (conf. arts. 189 y ss. del CCAT) y que se intimara al Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad para que remitiera el expte. nº 397-EURSPCABA/05 (acumulado al 120-EURSPCABA/01) en el que se dictara la resolución en crisis.

2. La Sala II rechazó el planteo de incompetencia, concedió la medida cautelar solicitada y tuvo por habilitada la instancia judicial (fs. 477/479).

3. Contra la decisión de la Cámara, la impugnante interpuso recurso de reposición (fs. 480/486). Reiteró sus argumentos en relación con la competencia del fuero federal. Destacó que la sentencia no se había expedido respecto del pedido de citación del Estado Nacional ni había ordenado la elevación de las actuaciones administrativas en el marco de las cuales se había dispuesto la sanción atacada.

4. El *a quo* (fs. 488 y vta.) resolvió *i)* no hacer lugar al recurso de reposición de la actora, *ii)* requerir al Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad la remisión de las actuaciones administrativas en las que se dictó la resol. 21-EURSPCABA/07 en los términos del art. 272 del CCAT, y *iii)* correr traslado del recurso directo junto con la solicitud de citación a terceros por el término de diez días. Los magistrados destacaron que la recurrente no había refutado los argumentos expuestos en la sentencia de fs. 477/479 y que no correspondía aún dar tratamiento al pedido de citación de terceros, el que se resolvería en el momento procesal oportuno.

5. Contra el pronunciamiento de fs. 488 y vta., la accionante dedujo recurso de inconstitucionalidad (fs. 489/496) que, declarado inadmisible (fs. 498/499 vta.), dio lugar a la queja que tramita en autos (fs. 509/519).

6. Requerido su dictamen, el Fiscal General propuso el rechazo del recurso directo (fs. 528/535).

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. La queja presentada por Metrovías cumple con sus correspondientes requisitos de tiempo y forma. Sin embargo, no puede prosperar dado que el recurso de inconstitucionalidad no se dirige contra una sentencia equiparable a definitiva.

2. La Sala II declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la decisión que no hizo lugar al recurso de reposición articulado por la actora.

Por un lado, los jueces entendieron que la resolución impugnada no era una sentencia definitiva ni podía ser equiparada a tal. A fs. 498 vta. señalaron que "(...) un pronunciamiento que, como en el caso decide un recurso de reposición no puede revestir dicho carácter". Y seguidamente indicaron que "[n]o modifica lo expuesto ninguno de los esforzados argumentos que plantea la recurrente, ni la jurisprudencia citada al efecto. La invocada supuesta competencia federal tampoco autoriza la equiparación pretendida, en tanto que un pronunciamiento sobre tal materia no puede, en principio, ser considerado definitivo."

Por otra parte, los magistrados expresaron que no se había logrado demostrar y conformar, en forma precisa y detallada, un efectivo caso constitucional.

3. Consideraré inicialmente la crítica que formula la quejosa al primero de los fundamentos del auto denegatorio referidos más arriba, a saber, la falta de sentencia definitiva o equiparable. Ello, por cuanto la ausencia de tal recaudo define el rechazo por el Tribunal del recurso articulado por la accionante.

Metrovías sostiene que la resolución obrante a fs. 498/499 vta. se basa en afirmaciones dogmáticas. Denuncia que la Cámara denegó su recurso por la sola razón de entender que un pronunciamiento que decide un recurso de reposición no puede ser sentencia definitiva o asimilable. Destaca que los jueces no se expidieron realmente sobre los argumentos planteados y las citas efectuadas en el recurso de inconstitucionalidad para fundar el carácter de sentencia equiparable a definitiva que su parte atribuye a la decisión recurrida.

4. En primer lugar, conviene indicar que el hecho de que la resolución atacada rechace un recurso de reposición no impide que aquélla pueda ser asimilada a una sentencia definitiva. Sin embargo, la actora no demuestra que la decisión de la Sala II le cause un gravamen de difícil, tardía o insuficiente reparación ulterior que justifique la equiparación que invoca.

5. Metrovías manifiesta que el pronunciamiento de la Cámara debe equipararse a una sentencia definitiva dado que veda la jurisdicción federal. Dicho argumento no es viable en el marco del recurso regulado en los arts. 27 a 32 de la ley 402. Conforme reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (*Fallos,* 311:1232; 316:3093; 311:605; 307:1831, entre muchos otros), una decisión que deniega el fuero federal es asimilable a sentencia definitiva a los efectos de la admisibilidad del recurso extraordinario federal. Sin embargo, dicha excepción no es aplicable al juicio de admisibilidad formal del recurso de inconstitucionalidad local.

De esta manera, corresponde utilizar aquí el mismo criterio que empleara al votar en las causas "GCBA c/Ledesma Miguel Ángel s/medida cautelar s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 2314/03, resolución del 5/11/2003, y "Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Laguna,

Guillermo Mario c/GCBA y otro s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)'", expte. nº 2330/03, resolución del 11/12/2003, criterio que fuera establecido en autos 'GCBA c/Soto, Alberto Sabino s/recurso de queja s/sumarísimo', expte. nº 726/00, resolución del 21/3/2001, en el voto que emitiera conjuntamente con mis colegas la jueza Ana M. Conde, y los jueces Guillermo A. Muñoz y José O. Casás. En todos los precedentes mencionados sostuve que la equiparación a sentencia recurrida sólo era justificada cuando la decisión recurrida sustraía definitivamente la causa de la jurisdicción local. Este supuesto no se cumple en el caso de autos.

En efecto, la sentencia cuestionada por Metrovías no sustrae definitivamente la causa de la jurisdicción local sino que, por el contrario, declara que la justicia del fuero contencioso administrativo y tributario de la Ciudad es competente para entender en los presentes actuados.

Por lo tanto, la decisión impugnada por la actora no puede equipararse a una sentencia definitiva a los efectos del recurso de inconstitucionalidad.

6. Por lo expuesto, voto por rechazar la queja intentada.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. La denegatoria del fuero federal, en la que Metrovías pretende fundar la equiparación a sentencia definitiva de la sentencia recurrida, no es un argumento plausible para la admisión del recurso de inconstitucionalidad local.

Aunque la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación establece que la sentencia que deniega el fuero federal o nacional es equiparable a sentencia definitiva para la procedencia del recurso extraordinario federal, las decisiones de la CSJN que amplían el significado de *sentencia definitiva* a decisiones interlocutorias iniciales de un procedimiento judicial, no son, a mi juicio, correlato de una interpretación correcta tanto del art. 14 de la ley 48, como del art. 27 de la ley local 402, que regula el recurso de inconstitucionalidad, que sólo permite dirigir este último recurso contra las *sentencias definitivas*. En ese sentido, ya he expuesto múltiplemente que la sentencia que resuelve un problema de competencia, ya por incidente, ya de oficio, cuando quien lo decide tiene facultad para ello, no es, en caso alguno o, cuando menos, por regla, una sentencia definitiva. Y no lo es tampoco, cuando el problema de competencia consiste en el entrecruzamiento de dos jurisdicciones distintas, por ejemplo, la de los tribunales de la CABA frente a los tribunales nacionales, de una provincia frente a los de otra o de una provincia frente a tribunales nacionales o federales (ver mis votos en las causas "GCBA c/Soto, Alberto Sabino s/recurso de queja s/sumarísimo", expte. nº 726/00, resolución del 21/3/2001; "GCBA s/queja por recurso de apelación denegado en 'GCBA c/Empresa Nacional de Correos y Telégrafos [ENCOTESA] s/ejecución fiscal", expte. nº 1892, sent. del 12/2/2003; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'GCBA c/Osvaldo Buzzetti S.A. s/otras causas donde la autoridad administrativa es actora'", expte. nº 2270, resolución del 11/6/2003; "GCBA c/Ledesma Miguel Ángel s/medida cautelar s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 2314, sent. del 5/11/2003; "Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Laguna,

Guillermo Mario c/GCBA y otro s/daños y perjuicios [excepto resp. médica]'", expte. nº 2330, 11/12/2003; "OSCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Herrero, José Javier c/GCBA s/cobro de pesos'", expte. nº 3195, resolución del 30/3/2005; expte. nº 4591/06 "Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Rodas, María Antonia c/GCBA y otros s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)'", a los que remito por razón de brevedad). La única posibilidad de decidir por anticipado sobre el particular esta constituida por el conflicto de competencia, a decidir por el superior común —la CSJN cuando se trata de un conflicto interjurisdiccional—, una vez que, como resultado de un incidente o de oficio, él sea planteado correctamente.

2. Tampoco se ha argumentado y, por ende, menos intentado probar, que la resolución impugnada le cause a la recurrente un perjuicio irreparable, esto es, imposible o insusceptible de ser subsanado ulteriormente. En particular, no se alcanza a comprender cuál fue la razón para que el actor demandara ante la jurisdicción local —en su caso, ¿prorroga de competencia?—, si desde el comienzo sostenía en su demanda la competencia de los tribunales federales (¡una excepción a su propia acción!) con sede en el mismo territorio (unas cuadras más allá). Le bastaría haber demandado ante el juez que la misma demanda considera competente o, cuando cae en cuenta de su error, desistir de la demanda actual y volver a demandar ante ese tribunal.

3. Si no se trata de una sentencia definitiva (sentencia que resuelve el conflicto planteado por la acción intentada), el recurso de inconstitucionalidad previsto por el art. 113, inc. 3º, CCBA y por el art. 27, LPTSJ (ley 402 Ciudad de Buenos Aires) resulta improcedente. Como consecuencia de lo expuesto, corresponde no hacer lugar a la queja y rechazar el recurso de inconstitucionalidad, de conformidad con el dictamen fiscal.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Las resoluciones que deciden cuestiones de competencia, por regla, no constituyen sentencia definitiva a los efectos del recurso de inconstitucionalidad. En cambio, es equiparable a tal, la resolución que suponga sustraer una causa de la jurisdicción local (conf. TSJBA *in re* "GCBA c/Soto, Alberto Sabino s/recurso de queja s/sumarísimo", expte. nº 726/00, resolución del 21/3/2001). También lo sería aquella que importe la denegatoria del fuero federal, porque su eventual revisión por la CSJN en la vía extraordinaria, exige que el debate sobre el punto fenezca ante el Superior Tribunal de la jurisdicción local (*Fallos,* 306:480 y 311:2478).

Desde su primer presentación, Metrovías S.A. postuló la competencia del fuero nacional en lo Contencioso Administrativo Federal para intervenir en autos, planteo que fue rechazado por la resolución de fs. 477/479 y que, ante la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad articulado en su contra, originó esta queja. Así entonces, por estar controvertido un pronunciamiento que denegó el fuero federal invocado por la actora, corresponde equiparar esa sentencia a una definitiva, admitir la queja y resolver el recurso de inconstitucionalidad de fs. 489/496.

2. Ante todo, cabe recordar que, a los efectos de dilucidar cuestiones de competencia, debe atenderse a la exposición de los hechos que el actor hace en la demanda, y después, sólo en la medida que se adecue a ellos, el derecho que se invoca como aplicable al caso (conf. mi voto *in re* "Auditoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/Coordinación Ecológica Área Metropolitana Sociedad del Estado (CEAMSE) s/acción meramente declarativa", expte. nº 3944/05, resolución del 30/11/2005 y *Fallos,* 324:2031 entre muchos otros).

En el *sub lite* la recurrente articuló el recurso directo previsto por el art. 23 de la ley 210, a fin de impugnar la resolución 21-EURSPCABA/07, por medio de la que el Ente Único Regulador de los Servicios Públicos de la CABA había sancionado a Metrovías S.A. con una multa de $ 226.100 imputándole "(...) infracciones a sus obligaciones como concesionaria del servicio de subterráneos referidas a los niveles de iluminación brindados a los usuarios en los sectores de andenes, molinetes y boleterías de las 5 líneas del subte", bajo la invocación de los arts. 2º, 3º, 20 y 22 de la ley 210, arts. 15 y 16 de la ley 757 y art. 47 de la ley 24.240. Para lo que ahora importa, solicitó como cuestión de previo y especial pronunciamiento la declaración de competencia de los "Tribunales federales en tanto (...) son ellos quienes deben analizar el cumplimiento o incumplimiento del contrato de concesión" (fs. 491). También requirió la citación del Estado nacional y objetó la validez de la resolución 21/07, entre otros motivos, por ausencia de competencia del órgano emisor para imponer la sanción allí dispuesta. Finalmente pidió el dictado de una medida cautelar para suspender los efectos de la resolución impugnada (fs. 459/475).

3. Por su parte, también corresponde señalar que a fin de decidir la radicación de las causas en las que estuviera de algún modo involucrado el servicio de subterráneos que opera en esta ciudad, cuando la competencia quedara disputada entre la justicia de la CABA y la federal, la CSJN tiene dicho que corresponde intervenir a esta última si "(...) a los efectos de resolver la pretensión de la actora, será necesario examinar las disposiciones que rigen la concesión del servicio y verificar el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la demandada" [en el caso, la concesionaria] (*Fallos,* 328:2716).

Bajo las pautas enunciadas, que por lo demás coinciden con las que había establecido este Tribunal —aunque luego el precedente fuera revocado al diferir la CSJN en cuanto a su aplicación a los hechos de la controversia, por los alcances que ese estrado atribuyó a la pretensión en juego—, corresponde resolver los planteos formulados (conf. TSJBA *in re* "Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado" en: "Asociación Vecinal Belgrano 'C' Manuel Belgrano y otros c/GCBA y otro s/amparo", expte. nº 1201/01, resolución del 10/9/2003).

4. En autos se controvierte, según la exposición de los hechos formulada por Metrovías S.A. la validez de un acto administrativo emanado del EURSP de la CABA que buscó apoyo en normas de carácter local y en el régimen que la ley 24.240 regula para ser aplicado por las provincias y la CABA.

En efecto, para lo que ahora importa, la resolución impugnada para arribar a la sanción en cuestión, analizó "los alcances del poder de policía local sobre

los servicios públicos" que según explicó, en la visión tradicional, se proyectan "en materia de moralidad, de salubridad y de seguridad". A su vez, señaló que en relación con "la defensa y protección de los derechos de (...) usuarios y consumidores, de la competencia y del medio ambiente" el Ente podría actuar "en forma concurrente con otras jurisdicciones". También pasó revista de la normativa local que enmarca las funciones de policía de la CABA y las del órgano regulador (v. gr. arts. 80, 46, 104 y 138 de la CCBA y leyes 210, 757 y 899), en especial recordó que la Ley de Defensa del Consumidor establece en su art. 41 que "las provincias y la Ciudad de Buenos Aires actuarán como autoridades de aplicación local respecto de los hechos sometidos a su jurisdicción". Así, la resolución 21/2007 concluyó que "de la interpretación armónica de la normativa citada surge que al Ente Único Regulador de los Servicios públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (...) le corresponde ejercer ese poder de policía en lo que hace al control, seguimiento y resguardo de la calidad de los servicios públicos" bajo su control porque, además, es autoridad de aplicación de la ley nacional 24.240. También formuló referencias al contrato de concesión así como a las potestades de control que la CABA tendría a su cargo (fs. 5/15).

Sin embargo, a criterio de la recurrente, el pleito, en razón de la materia y lo dispuesto por el contrato de concesión del servicio, corresponde a la jurisdicción federal. En tal sentido Metrovías S.A. argumentó que "la concesión de la que es titular (...) es una concesión nacional, en la que el Estado nacional reviste la condición de Concedente y todo el marco normativo que regula la misma se mantuvo en ese ámbito" así como que "el Estado nacional conserva el control de la concesión hasta tanto se cumplan los actos de transferencia a la Ciudad, lo cual al presente aún no ha sucedido" (fs. 492). Finalmente, dijo que para analizar la cuestión de fondo sería necesario examinar las disposiciones que rigen la concesión del servicio y verificar el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la demandada, circunstancia que conforme al precedente de la CSJN que cita en su apoyo, correspondería declinar la competencia a favor del fuero federal (fs. 492 vta.).

5. A esta altura del proceso, y a los efectos de resolver el planteo de incompetencia, adelanto que los argumentos de la recurrente no logran demostrar que la decisión de autos, vinculada con la validez o invalidez de un acto administrativo de carácter local, verse sobre materia federal, remita a la aplicación de normas federales, o requiera, de modo principal, analizar el contrato de concesión y su cumplimiento. Tampoco que controlar el alcance atribuido al poder de policía ejercido mediante la resolución atacada, exceda el ámbito normativo local que el Poder Judicial de la CABA debe aplicar para resolver las controversias sometidas ante sus tribunales (arts. 129, C.N. y 106 de la CCBA). Aunque Metrovías S.A. postula que todo ejercicio de control sobre el servicio que presta comprometería la interpretación del contrato, sin advertir la diferencia que existe entre interpretar un contrato y ejercer potestades sancionatorias —originadas en el poder de policía o en el régimen de consumidores y usuarios— que toman al contrato como antecedente, no indica de qué modo la resolución del EURSPCABA avanzó sobre la

interpretación del contrato de concesión ni por qué idéntica necesidad pesará sobre los jueces que revisen la multa cuestionada.

Por lo demás, la recurrente omite acreditar cómo la sanción impuesta afectaría la normal prestación del servicio. Ello así su planteo, analizado bajo las reglas aplicables a los establecimientos de utilidad nacional, para progresar debería demostrar, por un lado, que las potestades concurrentes que invoca la autoridad local, no existen, o que su ejercicio interfiere de manera concreta con la normal prestación del servicio de que se trata. Por otro lado, de todos modos, habría que distinguir entre lo que se refiere a la legitimidad de la sanción y lo que atañe a la competencia del estado cuyos jueces deben controlar el acto impugnado.

En línea con lo dicho, en ocasión de expedirme sobre la existencia de centros inmunes al poder de policía local sostuve que "los poderes de la Nación y los de las entidades políticas locales con facultades propias de legislación y jurisdiccionales conviven sobre el mismo territorio,[25] aun el de la Capital Federal cuya legislatura es la de la Ciudad y no el Congreso (cláusula transitoria séptima de la C.N.), con excepción de aquellas ocasiones en que un poder está previsto como privativo (imposición aduanera, para la Nación, u organización judicial local, para los gobiernos locales, p. ej.) o cuando, por razones de hecho, el ejercicio superpuesto es imposible, en cuyo caso prevalece el de la Nación (doctrina sentada *in re* "Mc Culloch v. Maryland" [17 U.S. 316, 1819], y recogida por la CSJN en *Fallos,* 240:311; 305:1381; 306:1883; 308:403 y 647; 314:1425; 315:751, entre otros)" (v. mi voto *in re* "Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/inf. falta de habilitación y otros'", expte. nº 4808/06, resolución del 20/12/2006).

6. La recurrente no acredita por qué correspondería a la justicia federal decidir si la sanción cuestionada excede las atribuciones derivadas del poder de policía propio de la CABA, o establecer si la potestad ejercida en el marco de la ley 24.240 quedaría ilegítimamente superpuesta con idéntico control proveniente de la órbita federal (v. art. 41 de la norma mencionada).

Cabe señalar que, entre una multa retributiva, impuesta en sede local, y las sanciones disponibles para la autoridad nacional, destinadas a asegurar el funcionamiento del servicio público conforme a las condiciones que habilitan su prestación, no se verifica la identidad exigida para tener por configurado un supuesto de doble sanción ilegítima como pretende la recurrente para fundar la competencia federal que reclama (fs. 483 vta.).

En este punto, nuevamente, los argumentos que invoca Metrovías S.A. no son conducentes para dirimir la competencia discutida sino, en todo caso, para resolver la pretensión de fondo.

[25] *Art. 75, inc. 30. —* "...Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines".

7. El ejercicio de la competencia jurisdiccional aludida, ciertamente no impedirá la revisión de las cuestiones federales que Metrovías S.A. estimara configuradas, mediante el recurso previsto en el art. 14 de la ley 48 que, cumplidos los recaudos pertinentes, permitiría a la CSJN neutralizar desbordes de los poderes locales en desmedro de potestades conferidas al Gobierno nacional.

8. En las condiciones indicadas, habiendo puesto la recurrente en tela de juicio un acto administrativo local dispuesto, según el EURSPCABA, en uso del poder de policía conferido por la CCBA, sus leyes reglamentarias, y las normas que regulan los derechos de usuarios y consumidores, no surge de la pretensión esgrimida cuál sería la relación jurídica que involucra al Estado nacional que justifique citarlo al juicio. Por el momento, los argumentos de Metrovías S.A. no muestran que la sanción resistida colida con poderes ejercidos por autoridades nacionales, o que ella pudiera tener impacto sobre eventuales compensaciones a cargo del Estado nacional, como esa parte pretende en su recurso. A este respecto, las críticas de la recurrente, en todo caso, conjeturan perjuicios económicos que no provendrían del ejercicio del poder de policía resistido, sino de uno posterior como lo sería la potestad de ejecutar la multa. En esa oportunidad, corresponderá, si fuera el caso, analizar la existencia de un gravamen concreto que pudiera impactar sobre la competencia de la justicia local para intervenir en el asunto suscitado por la mentada ejecución.

De todos modos, cabe recordar que la jurisdicción local otorgó una medida cautelar que suspende la ejecutoriedad de la sanción y el consiguiente deber de depositar el importe aludido (fs. 477/479).

En consecuencia, y sin que los fundamentos expuestos impliquen expedirse con un alcance mayor que el requerido para resolver las cuestiones de previo y especial pronunciamiento planteadas por Metrovías S.A. corresponde admitir la queja y rechazar el recurso de inconstitucionalidad.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

La presente causa es sustancialmente análoga a la resuelta por este Tribunal en el expte. nº 5428/07 "Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Metrovías S.A. c/GCBA y otros s/otros rec. judiciales c/res. pers. públicas no est.'", sent. del 9/4/2008, en el que intervine como jueza preopinante.

Sobre la base de lo expresado en aquel pronunciamiento y de acuerdo con la doctrina expuesta en sus fundamentos —que son de conocimiento de la recurrente por haber intervenido como parte en aquel juicio— a los que me remito por razones de brevedad y son incorporados mediante el agregado de copia de esa decisión a este expediente, voto por admitir la queja y rechazar el recurso de inconstitucionalidad.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

La cuestión planteada en autos resulta sustancialmente análoga a la resuelta por este Tribunal el día 9 de abril del corriente año *in re:* "Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Metrovías S.A. c/GCBA y otros s/otros rec. judiciales c/res. pers. públicas no est.'", expte. nº 5428/07.

En consecuencia, por remisión a lo expresado en aquella oportunidad en los puntos 1 a 3 del voto de la señora jueza Ana María Conde, a los que adherí en forma expresa, voto por admitir la queja y rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por Metrovías S.A. Por Secretaría deberá agregarse a este expediente copia del precedente citado en el párrafo anterior.

Así lo voto.

Por ello, emitido el dictamen del Fiscal General, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Admitir* el recurso de queja interpuesto por Metrovías S.A. y devolver el depósito de fs. 508.

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

3º. *Agregar* a este expediente copia de la sentencia dictada por el Tribunal de fecha 9/4/2008, en los autos "Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en "Metrovías S.A. c/GCBA y otros s/otros rec. judiciales c/res. pers. públicas no est."" (expte. nº 5428/07).

4º. *Mandar* que se registre, se notifique con copia de la sentencia indicada en el punto anterior y, oportunamente, se remita a la Sala interviniente para que sea agregada a los autos principales.

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

CXV

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'BERNARDINI, CÉLICA C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)'"

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

SUMARIOS:

1. Todo el sistema de acciones procesales se dirige a efectivizar el derecho de acceder a la justicia y a garantizar la protección judicial efectiva de los derechos e intereses constitucionales, legales o reglamentarios que puedan asistir a las personas. *(Voto de los señores jueces Julio B. J. Maier, Ana María Conde y José O. Casás).*

2. El carácter sumarísimo —acción rápida y expedita— de la acción de amparo establecido por el constituyente, pretende dotar a las personas de una garantía para aquellos casos en los que se presentan determinadas circunstancias que no admiten la tramitación de un juicio bajo los moldes más complejos, estrictos y dilatados de los procesos comunes. *(Voto de los señores jueces Julio B. J. Maier, Ana María Conde y José O. Casás).*

3. La acción de amparo es una acción destinada a resguardar derechos fundamentales de la persona que se encuentren comprometidos y cuyo restablecimiento deba decidirse en la forma más breve posible, de modo que no puede considerarse una acción de libre selección por los particulares tal como expresamente los establece el art. 14, CCBA. *(Voto de los señores jueces Julio B. J. Maier, Ana María Conde y José O. Casás).*

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

5. La acción de amparo supone la concurrencia de una lesión manifiesta o evidente y la consumación o inminencia de producción de un daño de tal gravedad, que implique la afectación de un derecho constitucional. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

6. La omisión denunciada de aplicar al actor el dec. 282/96 no aparece como manifiestamente ilegítima o arbitraria, requisito básico para la procedencia del amparo (art. 43, C.N.; art. 14, CCBA y art. 1º de la ley 16.986). *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

7. La objeción respecto del procedimiento llevado a cabo según las reglas del amparo (art.14, CCBA) en lugar de las que corresponden a un proceso de conocimiento, cuando se trata de un litigio por "empleo público" en el que no se manifiesta la evidencia inicial de ilegitimidad del acto u omisión cuestionados, o el daño inminente a un derecho constitucional o legal que deba ser restablecido de inmediato, justifica hacer lugar parcialmente a la queja planteada y también al recurso de inconstitucionalidad que aquella supone. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

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

9. Corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad pues la parte actora no ha demostrado la existencia de los presupuestos que acrediten la necesaria utilización de la vía excepcional del amparo intentada. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

10. Se debe declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad ya que la parte recurrente consintió la solución dada en las instancias inferiores al núcleo de la controversia, omitiendo plantear recurso directo ante el Tribunal por aquellos agravios que no fueron admitidos por la Cámara, lo que ha configurado una deficiencia estructural en el diseño de la impugnación, que torna inviable el tratamiento de la vía del amparo escogida. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

11. No corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, pues el agravio referido a la improcedencia del trámite de amparo para ventilar la cuestión, aun cuando altamente significativo, no suscita la competencia de este Tribunal en tanto no versa acerca del contenido de la sentencia definitiva ni el recurrente invoca que el contenido de ella habría variado si hubiera resultado de un proceso ordinario; situación que llevaba a que la discrepancia planteada, en esa etapa del análisis, no tuviera más efecto que determinar la elección de una vía procesal para ordenar el debate. *(Voto disidente del señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. nº 4780/06 - 10/6/2008

VISTO:

el expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. La señora Célica Bernardini D'Amato, bioquímica que se desempeña en el servicio de guardia del Hospital General de Niños "Pedro de Elizalde" de la Ciudad de Buenos Aires, en calidad de titular, planteó una acción de amparo contra el Gobierno local, para que se cumpla lo dispuesto en el art. 6º del dec. 282/96, que establece el derecho a que se le asigne un mínimo de 12 horas semanales en la planta del Hospital, como prolongación de las 24 horas que trabaja como profesional de guardia (fs. 1/10 vta.).

Al producir el informe establecido por la Ley de Amparo (art. 8º, dec. ley 16.986), el GCBA solicitó el rechazo de la demanda, tanto por razones atinentes a su inadmisibilidad formal, como por su improcedencia sustancial (fs. 11/17 vta.).

La sentencia de primera instancia hizo lugar a la acción de amparo (fs. 18/19).

2. La Procuración General de la Ciudad apeló la sentencia (fs. 20/26 vta.). La parte actora no contestó el traslado del memorial de agravios (ver fs. 82).

La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario rechazó el recurso de apelación y confirmó la sentencia de grado que ordenó al GCBA extender el horario de prestación de funciones de la parte actora a doce horas en planta (fs. 84/86 vta.).

3. Contra la sentencia, la Procuración General interpuso el recurso de inconstitucionalidad (fs. 31/46 vta.) que, previa contestación por la actora (fs. 70/81), fue denegado por la Sala II (fs. 48/49).

4. Ante la denegatoria, la Procuración General interpuso el recurso de queja agregado a fs. 51/64 vta.

En su dictamen, el Fiscal General Adjunto propicia un pronunciamiento que rechace la queja impetrada por la parte demandada (fs. 90/93).

FUNDAMENTOS:

El juez Julio B. J. Maier dijo:

El asunto traído a decisión del Tribunal, con más o menos argumentaciones, resulta sustancialmente similar al decidido *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Akrich, Gustavo Raúl c/GCBA s/amparo" (art. 14, CCBA)'", expte. nº 4782/06, resolución del 29/11/2006.

En dicha oportunidad, resolví sobre la base de dos argumentos centrales. En primer término, sostuve que el agravio del GCBA, referido a su impugnación de la hermenéutica efectuada por la Cámara de la ordenanza 41.455, los decs. 6395/87 y 282/96, y de la resol. 609-SHyF/05, invocados por la actora en sustento de su pretensión, no permite articular un caso constitucional. Por lo contrario, este agravio expresa una mera discrepancia interpretativa acerca del significado de reglas infraconstitucionales. En segundo término, expresé que lo contrario sucede con el agravio procesal del GCBA, relativo a su objeción al procedimiento llevado a cabo según las reglas del amparo (art. 14, CCBA), en un caso en que se imponía la aplicación de las reglas del proceso de conocimiento respectivo. En efecto, se trata de un litigio por "empleo público" que no manifiesta la evidencia inicial de la ilegitimidad del acto u omisión cuestionados, o el daño grave o inminente a un derecho constitucional o legal, que deba ser restablecido de inmediato. En suma, ni una u otra condición del amparo están presentes en estos casos.

Debido a ello, y por los mismos fundamentos, corresponde decidir de la misma manera, a saber: *a)* hacer lugar parcialmente a la queja planteada por el GCBA con referencia a la aplicación del art. 14 de la CCBA para definir las respectivas pretensiones y también el recurso de inconstitucionalidad que esa queja supone, revocando la sentencia de la Sala II de la Cámara; *b)* rechazar parcialmente la queja con relación al agravio referido a la interpretación de las reglas infraconstitucionales aplicadas.

Las costas del proceso deben ser soportadas por su orden (art. 14, cuarto párrafo, CCBA), a pesar de que yo he considerado incorrecta la vía del amparo, pues la utilización de este procedimiento fue, como realidad, incontrastable.

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

La cuestión planteada en autos resulta sustancialmente análoga —con los matices propios de cada caso—, a la resuelta por este Tribunal *in re*: "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Akrich, Gustavo Raúl c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 4782/06, sent. del 29/11/2006.

Por ello, y por razones de brevedad, nos remitimos a los fundamentos que exteriorizamos en aquélla oportunidad, y que nos llevaron —al igual que en el presente caso— a concluir que corresponde: *a)* admitir parcialmente el recurso de queja con relación a los agravios planteados en punto a la interpretación del art. 14 de la CCBA; *b)* hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad planteado a partir de esa regla y confirmar el rechazo del recurso de inconstitucionalidad por la Cámara con relación a todos los demás agravios de la impugnación; *c)* revocar la sentencia apelada y rechazar la demanda de amparo interpuesta por Célica Bernardini D'Amato (ley local nº 402, art. 31); y *d)* imponer las costas de todo el proceso en el orden causado.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

En lo que resulta relevante, la cuestión debatida en autos es sustancialmente similar a aquella traída a conocimiento del Tribunal en la causa "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Akrich Gustavo Raúl c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)", expte. nº 4782/06, sent. del 29/11/2006.

Por ello, por razones de brevedad, me remito a los fundamentos que expuse en aquella oportunidad. En consecuencia, voto por *i)* admitir el recurso de queja interpuesto por la demandada en cuanto contiene una crítica suficiente del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad, y *ii)* rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA, con costas al Gobierno.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Los agravios expresados en la queja del GCBA apuntan, por una parte, a que el procedimiento elegido sería inaplicable y, por la otra, a que la interpretación que la sentencia asignaba al art. 6º del dec. 282/96, sería arbitraria, y violatoria del principio de división de poderes, que funda en lo dispuesto en los arts. 102 y 104, inc. 9º, CCBA.

En lo relevante, dichos agravios resultan sustancialmente análogos a los traídos a conocimiento de este Tribunal *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Akrich, Gustavo Raúl c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 4782/06, sent. del 29/11/2006. En dicha oportunidad sostuve, en relación a los agravios mencionados en el párrafo que antecede, que éstos no suscitaban la intervención del TSJBA puesto que *i)* el referido a la improcedencia del trámite de amparo para ventilar la cuestión, aun cuando altamente significativo, no versa acerca de la sentencia definitiva pues no se dirige a demostrar de qué manera ésta pudo resultar afectada por el proceso adoptado, y *ii)* el referido al principio de división de poderes carece de relación directa con las garantías constitucionales invocadas, constituyendo, en tales condiciones, una mera discrepancia con el criterio utilizado por el *a quo* al interpretar el art. 6º del dec. 282/96, que no exhibe vicios que permitieran considerarlo arbitrario.

Por ello, conforme expresé en mi voto *in re* "Akrich", al que remito, voto por rechazar el recurso de queja articulado.

Por ello, emitido el dictamen por el Fiscal General Adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Admitir parcialmente* el recurso de queja y *hacer lugar,* con similar alcance, al recurso de inconstitucionalidad planteado por el GCBA, en cuanto a la interpretación y aplicación del art. 14, CCBA.

2º. *Confirmar* el rechazo del recurso de inconstitucionalidad en relación con los restantes agravios.

3º. *Revocar* la sentencia apelada y rechazar la demanda de amparo interpuesta por Célica Bernardini D'Amato.

4º. *Agregar* a este expediente copia de la resolución de fecha 29/11/2006, dictada por el Tribunal en los autos "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Akrich, Gustavo Raúl c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", mencionada en los fundamentos.

5º. *Imponer* las costas de todo el proceso en el orden causado.

6º. *Mandar* que se registre, se notifique con copia de la sentencia indicada en el punto 4 y se remita a la Sala interviniente para que sea agregada a los autos principales.

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

En el similar sentido se resolvió en la causa nº 4783/06 "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Sarra, Carlos Alberto c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", también del 10/6/2008.

CXVI

"BALBIANI, PEDRO BENEDICTO S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'BALBIANI, PEDRO BENEDICTO C/COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES S/IMPUGNACIÓN ACTOS ADMINISTRATIVOS'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Caso constitucional. Derecho común.

SUMARIOS:

1. El recurso de queja debe contener una crítica concreta y razonada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad. *(Voto de la señora jueza Ana María*

Conde. En sentido concordante ver voto de los señores jueces Julio B. J. Maier, Alicia E. C. Ruiz, Luis F. Lozano y José O. Casás).

2. A los efectos del recurso de queja, el requisito de correcta fundamentación implica un relato claro y sucinto de los hechos de la causa, de la cuestión constitucional en debate y de la relación que existe entre ellos, y una crítica concreta y razonada de los fundamentos en que se basa el fallo apelado. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante ver voto de los señores jueces Julio B. J. Maier, Alicia E. C. Ruiz, Luis F. Lozano y José O. Casás).*

3. El recurso de inconstitucionalidad no erige al Tribunal en una tercera instancia sobre hechos ni sobre derecho común, materias ajenas, en principio, a este tipo de recurso. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante ver voto de los señores jueces Julio B. J. Maier, Alicia E. C. Ruiz, Luis F. Lozano y José O. Casás).*

Expte. nº 5540/07 - 10/6/2008

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. El señor Balbiani inició demanda contra el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, para que se deje sin efecto la resolución emitida por dicho Colegio el 3/6/2004, que rechazó el recurso que interpusiera contra la decisión de no difundir al notariado la motivación que habría fundamentado su remoción como Inspector de Protocolos Notariales, y se lo condene a expresar públicamente dichos motivos (fs. 1/6).

El Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires contestó demanda, solicitando su rechazo (fs. 95/107).

2. El señor juez de primera instancia rechazó la demanda entablada, con costas a la vencida (fs. 150/154).

La parte actora interpuso recurso de apelación contra dicha sentencia, con su correspondiente expresión de agravios (fs. 159/173).

3. La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario dictó sentencia desestimando los agravios del apelante y confirmando la sentencia de grado, con costas a la vencida (fs. 176/178).

4. El acccionante interpuso recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia de Cámara (fs. 179/182), que fue contestado por el demandado (fs. 185/187) y declarado inadmisible por la Cámara (fs. 190/191).

Contra dicha decisión el actor interpuso la presente queja (fs. 192/204).

5. El señor Fiscal General, en su dictamen, propició rechazar la queja (fs. 227/231).

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. Si bien el recurso de queja interpuesto por la actora fue deducido en tiempo oportuno (art. 33, LPTSJ), no puede prosperar.

2. Es un requisito mínimo para la concesión de la queja, que contenga, básicamente, una crítica concreta y razonada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad; recaudo que el escrito en examen no reúne, ya que —por el contrario— se limita a desarrollar los fundamentos de hecho y de derecho por los cuales considera que el Colegio de Escribanos debería ser condenado a publicar los motivos de su remoción del cargo de "Inspector de Protocolos".

Para cumplir adecuadamente con el recaudo formal de una correcta fundamentación se requiere un relato claro y sucinto de los hechos de la causa, de la cuestión constitucional en debate y de la relación que existe entre ellos, como así también una crítica concreta y razonada de los fundamentos en que se basa el fallo apelado, extremos que no se verifican en la presente causa.

Este Tribunal ya ha dicho reiteradamente que la ausencia de una crítica desarrollada y fundada destinada a rebatir argumentativamente los fundamentos por los cuales la Cámara resolvió no conceder el recurso, obsta a la procedencia de la queja puesto que la presentación resulta así privada del fundamento tendiente a demostrarla (conf. el Tribunal *in re* "Guglielmone, María Dolores s/art. 74, CC s/recurso de queja", expte. nº 291/00, resolución del 22/3/2000; "Góngora Martínez, Omar Jorge s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Góngora Martínez, Omar Jorge c/Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 3264/04 y sus citas, resolución del 23/2/2005).

Lo expuesto basta para rechazar el recurso de queja.

3. A mayor abundamiento, cabe destacar que el recurso de inconstitucionalidad fue correctamente denegado por la Cámara, en tanto este tribunal sólo puede ingresar al conocimiento de un caso, cuando se trata de asuntos que versan sobre la interpretación o aplicación de normas de la Constitución federal o de la Ciudad Autónoma; supuestos que no se verifican en este caso, en el que el debate se limita a cuestiones de hecho y derecho infraconstitucional.

En efecto, el planteo que realiza el recurrente en esta instancia gira en torno al cargo de "Inspector de Protocolos", su naturaleza, caracteres, forma de designación y remoción, y la aplicación de normas infraconstitucionales como lo son el dec. nacional 26655/51, la ley 404, su dec. regl. 1624/00 y el dec. local 1510/97 (LPACABA). Pero el recurso de inconstitucionalidad no erige al Tribunal en una tercera instancia sobre hechos ni sobre derecho común, materias ajenas —en principio— al recurso de inconstitucionalidad que se intenta.

Si bien el recurrente invoca normas de la Constitución Nacional (arts. 18 y 43, apart. III), de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 80, inc. d), y de tratados internacionales con jerarquía constitucional (las que consagran

el derecho a la información —art. 13, CADH, art. 19, DUDH y art. 19, PIDCyP— derechos a la integridad personal y el respeto a la honra y dignidad —arts. 5º y 11, CADH—), no logra demostrar que exista una estrecha vinculación entre lo decidido en la causa por la Cámara y los derechos constitucionales genéricamente invocados

4. En mérito a lo expuesto, considero que la queja planteada debe ser rechazada.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. El señor Balbiani deduce recurso de queja contra la resolución de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario que, por su Sala II, denegó el recurso de inconstitucionalidad dirigido a impugnar el pronunciamiento de la Alzada, que desestimó los agravios contenidos en la apelación del actor y, de este modo, confirmó la sentencia de grado. La demanda, planteada contra el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, perseguía la exteriorización o manifestación pública de la motivación del acto de remoción del ahora quejoso en tanto Inspector de Protocolos Notariales o "inspector de gestión notarial", en el entendimiento de que el carácter incausado del distracto implicaría un demérito en sus antecedentes.

2. Comparto el criterio expuesto en su voto por la señora jueza de trámite, en el sentido de que la presentación directa bajo análisis no puede tener acogida favorable. El núcleo de la controversia se ha planteado como la necesidad de establecer el carácter de empleo público o laboral de la relación entre Balbiani y el Colegio de Escribanos. En oportunidad de resolver acerca de la dispensa de integración del depósito establecido en el art. 34 de la ley 402, solicitada por la actora, yo sostuve que la excepción no correspondía porque no se trataba, en el caso, de un agente del Estado y, menos aún, de una relación de empleo público (ley 327, art. 3º, inc. g). Del mismo modo, la Cámara señaló, liminarmente, que los jueces no sólo tienen la facultad sino también el deber de discurrir y dirimir los conflictos según el derecho aplicable, al calificar autónomamente los hechos y subsumirlos en determinadas normas jurídicas, con prescindencia de los fundamentos enunciados por las partes (CSJN *in re* "Correa, Teresa de J. C. Sagaría de Guarracino, Angela V.", sent. del 25/9/2001, *DT,* 2002-A, 502; ver fs. 177 vta.). Por lo demás, los argumentos del recurrente, tendientes a destacar el grado de compatibilidad normativa entre las disposiciones contenidas en el dec. 26.655/51 (y el debate acerca de su supuesta vigencia ultractiva), el art. 173 de la ley 404, la LPA de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires —entre las piezas más destacadas del complejo plexo invocado—, carecen de sustento, puesto que subyace a esos argumentos la intención del recurrente de introducir un criterio discrepante respecto de aquél sostenido por la Cámara en punto a cuestiones de derecho común, vinculadas a la interpretación de normas infraconstitucionales.

Como el TSJBA lo ha sostenido múltiplemente, el recurso de inconstitucionalidad, en referencia al cual corresponde resolver la queja, no implica una nueva

instancia ante la cual los litigantes puedan traer sus disconformidades con el punto de vista hermenéutico de las disposiciones aplicadas por los tribunales de mérito. Se trata, insisto, de *normas infraconstitucionales* aquellas que fundan el criterio unánime de los camaristas al pronunciar la sentencia impugnada, normas que, dicho sea de paso, no han sido criticadas en su vigencia por su lesión de reglas de rango superior (constitucionales).

3. Idéntico carácter, irrevisable por este Tribunal en el marco del recurso bajo análisis, reviste el hecho de que la Cámara haya reconstruido, esto es, interpretado la demanda iniciada contra el Colegio de Escribanos de la CABA y la actuación previa del quejoso en términos de una incoherencia autorreferencial o inconsistencia pragmática, como lo es cualquier interpretación pertinente de ciertos hechos a la luz de la doctrina de los actos propios (*venire contra factum proprium non valet*; para un desarrollo más exhaustivo de esta doctrina, ver mis votos en "Asociación por los Derechos Civiles [ADC] c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 2490/03, resolución de 9/6/2004, considerando 3 y "Colegio de Procuradores de la Ciudad de Buenos Aires c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 3032/04, resolución del 18/5/2005). Con otras palabras, el criterio de la Cámara ha sido el siguiente: de los propios dichos y la conducta del actor, así como de la documental acompañada, surge que Balbiani había iniciado una demanda contra el Colegio de Escribanos por ante el fuero laboral, con el objeto de reclamar una indemnización por el despido incausado —todo ello interpretado por la Alzada como el propio encuadramiento de su relación con el Colegio, efectuado por la actora, como correspondiente al ámbito del contrato de trabajo—. Así, "las aseveraciones efectuadas ante estos estrados pretenden, elípticamente, que esta Sala abra un nuevo juicio en punto a si el actor gozaba de estabilidad en su cargo y sobre la interpretación que cabría otorgar a la normativa aplicable, todo ello —claro está— prescindiendo el apelante de su propia conducta cuando encuadró el asunto ante el fuero laboral y de los términos en los que planteó la acción" (fs. 178).

4. Para concluir, voy a enfatizar que, a menos que la resolución revista una ilogicidad extrema (no invocada en términos del "agravio" de *arbitrariedad* por la quejosa), el Tribunal no tiene competencia para decidir cuestiones de mérito, relativas al hecho, su interpretación y la de las normas a aquél aplicables, y la adecuación del Derecho infraconstitucional al caso. De este modo, el recurrente sólo formuló críticas concernientes a la interpretación de normas que carecen de rango constitucional, sin impugnarlas sólidamente desde ese ángulo imprescindible. No morigera el temperamento señalado el hecho de que, a título de mera invocación, absolutamente desprovista de algún marco conceptual tendiente a desarrollarla y conectarla con los hechos del caso, el recurrente haya efectuado dos intentos fallidos en el sentido de articular una cuestión constitucional. En el recurso de hecho, aquel alega que la omisión de tornar públicos los motivos de su remoción como

"Inspector de gestión notarial" conculca el derecho a la información (art. 13, CADH; art. 19 de la DUDH y art. 19 del PIDCyP, al vulnerar "'el derecho a saber' del cual son titulares los escribanos de la jurisdicción con relación a actos que interesan a la fiscalización de la gestión notarial, cuya naturaleza pública es incuestionable, circunstancia que determina asimismo la naturaleza de la información omitida" (fs. 200). Para no extenderme en este primer intento de articulación de una cuestión constitucional (ausente en la controversia), resulta suficiente tomarse en serio la respuesta de la camarista Daniele, quien manifiesta cierta perplejidad ante la circunstancia de no estar controvertido "que el *despido fue incausado* [énfasis en el original]" y, sin embargo, "el actor promueve la presente acción por los hipotéticos perjuicios que a su honor dicha medida habría irrogado. Pero, de manera elemental, debo hacer notar que tal petición exhibe un acentuado desconocimiento de los alcances que implica un despido incausado. Vale decir [NB!], no tiene en cuenta que éste es —ciertamente— un *acto arbitrario* que la ley tolera del empleador y le concede eficacia jurídica (...) No estando, por tanto, debatido que el despido no tiene justificación alguna, nunca el actor pudo llegar a considerar que tal proceder haya implicado cuestionar su *aptitud* e *integridad* profesional [énfasis en el original]. La falta de causa en el despido, deja huérfano de sustento los agravios. No puede, de tal modo, razonarse que un acto de tal naturaleza pueda lesionar el bien jurídico que aduce la actora" (fs. 178/178 vta.).

En cuanto al segundo ensayo del recurrente, orientado a demostrar su supuesto "caso constitucional", diré muy brevemente que su intentada formulación *sólo aparece al cierre* del escrito de interposición del RI (fs. 182), en los siguientes términos: "el caso planteado versa sobre la interpretación o aplicación del art. 80, inc. d), de la CCBA y normativa dictada en consecuencia (leyes 402, 404, concordantes y complementarias)" (fs. 182). De modo concordante, en la presentación directa él afirma que "[l]a Constitución de la Ciudad de Buenos Aires declara competencia de la Legislatura de la Ciudad la legislación en materia de ejercicio profesional. El caso en cuestión tiene atinencia específica a la carrera profesional de un escribano matriculado en el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires y forma parte de ella. Considerarlo un mero empleado indiferenciado del citado Colegio es un error conceptual que no condice con la función fiscalizadora a su cargo" (fs. 202). De todos modos, la referencia a la norma constitucional invocada en este segundo argumento, e incorrectamente consignada como art. 80, inc. d), CCBA —en lugar de art. 80, inc. 2º, d—, resulta un tanto desconcertante pues, más allá de lo expresado en el recurso de hecho, transcripto *supra* en mi voto, no se establece la mínima relación entre la disposición mencionada como atribución de la Legislatura y la razonable afectación de derechos y garantías, al no vincularse plausiblemente los reproches del recurrente con las menciones que realiza, de manera de *sostener* 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. nº 3101/04, resolución del 17/11/2004 y sus citas, mi voto, considerandos 1 y 2; conf. *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc,

Buenos Aires, 2002, t. IV, pp. 147 y ss., en "Novik, Jorgelina Carla y Wlodkowsky, Irene c/GCBA s/amparo", expte. nº 1465/02, resolución del 24/4/2002; y *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], cit., 2002, t. IV, pp. 84 y ss., en "Cavalleri de Goldberg, Marta Raquel s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Cavalleri de Goldberg, Marta Raquel c/GCBA s/empleo público no cesantía ni exoneración'", expte. nº 1309/01, resolución del 6/3/2002 y sus citas).

En virtud de lo expuesto, como lo propone la señora jueza de trámite, corresponde rechazar la queja planteada a fs. 190/204.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Entiendo, como lo señala la señora jueza de trámite, que la queja no puede prosperar. Adhiero a los fundamentos de su voto expuestos en los aparts. 1 y 2 primer y segundo párrafo.

En síntesis, el escrito de fs. 192/204 no constituye, técnicamente, un recurso de queja y éste es el único medio que habilita al Tribunal a evaluar la procedencia del recurso de inconstitucionalidad denegado, porque, como es sabido, no está procesalmente prevista su interposición directa ante los jueces con competencia para tratarlo. Por lo tanto, las deficiencias de la presentación del señor Balbiani definen su rechazo. En situaciones como la de autos, ni siquiera es posible avanzar en el análisis más allá de lo expuesto.

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

1. Tal como lo sostienen la señora jueza de trámite, doctora Ana María Conde, en su voto y el señor Fiscal General en su dictamen de fs. 227/231, la queja interpuesta a fs. 192/204 debe ser rechazada pues no se ha logrado plantear caso constitucional alguno en los términos del art. 113, inc. 3º, de la CCBA.

2. En efecto, la simple mención de normas con jerarquía constitucional no configura un caso susceptible de motivar la intervención de este Tribunal. El actor se limita sostener que la cuestión propuesta versa sobre la interpretación de los arts. 18 y 43 de la C.N., el art. 80, inc. d) de la CCBA y "(...) el art. 13 de la CADH, 19 de la DUDH y 19 del PIDCyP; y arts. 5º y 11 de la CADH —Pacto de San José de Costa Rica (...)" (fs. 202), pero no argumenta cuál sería la vinculación de esas normas con la solución del pleito, ni cómo esa interpretación conllevaría al progreso de su pretensión. Tampoco suministra el recurrente más que afirmaciones dogmáticas acerca de la fuente de la obligación que imputa al Colegio de Escribanos, de exponer los motivos de su decisión de prescindir de sus servicios como inspector de protocolos. Menos aún ha demostrado que la función que ejercía pueda ser asimilada, sin más, a aquellas que son objeto de control por parte del Colegio —relativas al desempeño de escribanos investidos de la fe pública— en virtud de las atribuciones contenidas en la ley 404.

En suma, en virtud de las consideraciones expuestas, el recurso de queja interpuesto por el señor. Pedro B. Balbiani debe ser rechazado.

Así lo votamos.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el señor Fiscal General,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja planteada por Pedro Benedicto Balbiani.

2º. *Mandar* que se registre, notifique y remita a la Cámara de Apelaciones junto con el expediente principal.

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

CXVII

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSOR GENERAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'DONOSO, LAURA HAYDÉE S/INF. ART. 111, CC'"

RECURSO DE QUEJA: Revocatoria de la suspensión del proceso a prueba. Código Procesal Penal de la Nación. Derecho de defensa en juicio. Reglas de conducta. Cuestiones de hecho y prueba.

SUMARIOS:

1. El pronunciamiento que confirmó la decisión que había revocado la suspensión del juicio a prueba provoca, como consecuencia natural, la continuación del proceso según sus cauces normales, y entonces no configura una sentencia definitiva a los fines del recurso de inconstitucionalidad. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

2. Los agravios sólo expresan discrepancias con la inteligencia que los jueces de mérito otorgaron a los recaudos que exige la normativa que regula el procedimiento en torno a la *probation*, cuestión interpretativa cuya revisión no suscita por sí, la competencia del Tribunal en la vía intentada. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

3. A los fines del recurso de inconstitucionalidad, no es sentencia definitiva el pronunciamiento que confirma la revocación de la suspensión del juicio a prueba. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante ver voto de los señores jueces Julio B. J. Maier y José O. Casás).*

4. No ha vulnerado el derecho de defensa la resolución que revocó la suspensión del juicio a prueba, si el defensor no solicitó la audiencia prevista en el art. 515 del CPPN en oportunidad de evacuarse la vista conferida antes del dictado de la resolución. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante ver voto de los señores jueces Julio B. J. Maier y José O. Casás).*

5. El agravio referido a la omisión de tratamiento del pedido de sustitución de la regla de conducta comprometida, que no fue mantenido en el recurso de inconstitucionalidad, remite a la valoración de cuestiones de hecho y prueba privativas, por regla, de los jueces de mérito. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante ver voto de los señores jueces Julio B. J. Maier y José O. Casás).*

6. El art. 45 del CC no prevé audiencia alguna y si el defensor no la requiere y sólo se queja por su carencia una vez conocida la decisión, la vista decidida por el juez respecto del requerimiento fiscal resulta suficiente para una defensa eficaz. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

7. No corresponde exigir el depósito previsto en el art. 34 de la ley 402 al Defensor Oficial. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante ver voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

8. Debe intimarse al cumplimiento de la integración del depósito previsto en el art. 34 de la ley 402, dado que la imputada no se encuentra dentro de los sujetos exentos por la ley de tasa judicial no acreditó haber obtenido o iniciado un beneficio de litigar sin gastos. *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás).*

9. Son equiparables a sentencia definitiva las decisiones que no ponen fin al pleito o que ordenan su continuación, cuando se encuentra en juego la afectación del derecho de defensa en juicio. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

10. Ni el art. 45 del CC, que regula la suspensión del proceso a prueba en materia contravencional, ni la LPC establecen los pasos a seguir en caso de incumplimiento de las reglas de conducta por parte del imputado, por lo que se aplica supletoriamente (art. 6º LPC) el CPPN (art. 515), que otorga la posibilidad de audiencia al imputado para que el tribunal de ejecución resuelva acerca de la revocatoria o subsistencia del beneficio. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

11. Omitir la intervención del imputado acarrea una nulidad absoluta (art. 167, 3º, CPPN) susceptible de ser declarada aun de oficio en cualquier estado y grado del proceso por vulnerar el derecho de defensa en juicio y el derecho a ser oído (art. 168, CPPN). *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

12. La convocatoria a la audiencia prevista en el art. 515 del CPPN no es una facultad discrecional del juez. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 5654/07 - 11/6/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El titular del Juzgado de primera instancia en lo Contravencional y de Faltas Nº 25 resolvió, con fecha 1º/2/2007, suspender el proceso a prueba, durante

tres meses, en el expediente seguido contra Laura Haydée Donoso, término en el cual la nombrada debía cumplir las siguientes reglas de conducta: *1)* fijar residencia y comunicar a la fiscalía cualquier cambio; *2)* cumplir con las citaciones o requerimientos que la fiscalía o el juzgado le pueden efectuar; *3)* aprobar el curso "Programa de Educación Vial para suspensión de juicio a prueba y penas en suspenso de contraventores de tránsito" en la Dirección General de Seguridad Vial; *4)* abstenerse de conducir cualquier tipo de vehículo, por el término de 15 días, haciendo entrega de la licencia al tribunal.

El día 20/7/2007 el juez de grado, después de haber dado intervención al Fiscal y a la defensa, resolvió revocar la suspensión del proceso a prueba a Donoso por cuanto "la condición de aprobación del curso, estipulada libremente entre las partes, no se ha efectivizado" (fs. 6). Apelada dicha decisión por la defensa, la Sala II de la Cámara CyF resolvió confirmar la decisión recurrida.

2. Contra la decisión de la Cámara, el defensor oficial interpuso recurso de inconstitucionalidad por entender que resultaba contraria al principio constitucional del debido proceso y de defensa en juicio, "por cuanto la Cámara confirmó la decisión del juez de primera instancia que revocó la suspensión del proceso a prueba respecto de Donoso, sin haberse celebrado la audiencia prevista en la normativa procesal vigente —art. 515, CPPN— y sin haber escuchado previamente a la imputada ni a su defensa" (fs. 23).

3. El recurso fue declarado inadmisible por la Cámara porque entendió: *a)* que la decisión atacada no constituye sentencia definitiva ni puede ser equiparada a tal, por no irrogar a la parte un gravamen de imposible reparación ulterior ya que en la etapa por la que transita el legajo en estos momentos aquella no causa estado; y *b)* que el recurrente no logra introducir ninguna cuestión constitucional apta para habilitar el conocimiento de este Tribunal, sino tan sólo una mera discrepancia interpretativa con la postura adoptada en la decisión atacada (fs. 30/32). Frente a ello, el Defensor General de la Ciudad acudió en queja ante este Tribunal (fs. 37/48).

4. El Fiscal General Adjunto entendió que el recurso de inconstitucionalidad no fue interpuesto contra una sentencia definitiva, pero que existe en el caso una cuestión constitucional que amerita la intervención del Tribunal, vinculada con el derecho de defensa en juicio. Por ello, propone que se haga lugar a los recursos de la defensa, a pesar de ciertas omisiones formales, y que se declare la nulidad de todo lo actuado a partir de la resolución cuya copia obra a fs. 6 (fs. 53/55).

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de queja interpuesto por la defensa de la señora Donoso es formalmente admisible y contiene una crítica fundada y acertada del auto denegatorio.

2. En primer lugar, debo señalar que asiste razón a la defensa en cuanto a que el recurso de inconstitucionalidad fue interpuesto contra una resolución equiparable a definitiva.

Las decisiones que no ponen fin al pleito o que ordenan su continuación no son, en principio, equiparables a definitiva. Sin embargo, el caso en análisis escapa a la regla general y justifica la equiparación. Como lo advirtiera el Fiscal Adjunto está en juego la afectación al derecho de defensa en juicio.

3. El recurso de inconstitucionalidad.

La Cámara, en la decisión recurrida, había señalado sobre el punto que "[e]n la materia en trato, la normativa local —art. 45 del CC— no incluye como requisito previo al dictado de la revocación del instituto la comparecencia del probado para que efectúe el descargo pertinente; es decir, no establece como exigencia formal la participación del encartado para que explique las razones por las cuales incumplió el compromiso asumido al acordar la suspensión del juicio a prueba, lo cual en modo alguno significa que aquél tenga vedada la posibilidad de hacerlo, mediante las presentaciones pertinentes, frente a circunstancias que le impidieran hacerse cargo de la responsabilidad oportuna y libremente asumida, cosa que no ha ocurrido en la especie.// En definitiva, '...siendo que el instituto en estudio tiene su regulación propia en nuestra ciudad... no cabe echar mano supletoriamente a otro cuerpo legal —v. gr. la pretendida audiencia prevista en el art. 515, CPPN—...'" (fs. 18 vta.).

La defensa alega que la resolución de la Cámara es contraria a los principios constitucionales del debido proceso y de defensa en juicio. Argumenta que la Cámara confirmó la decisión del juez de primera instancia que revocó la suspensión del proceso a prueba respecto de Donoso, sin haberse celebrado la audiencia prevista en la normativa procesal vigente —art. 515, CPPN— y sin haber escuchado previamente a la imputada ni a su defensa. Y que por esta circunstancia la decisión que recurre es nula de nulidad absoluta.

Agrega que previo al dictado de una medida de carácter excepcional como es la revocatoria de la suspensión de juicio a prueba, el juez debe escuchar a las partes en audiencia, de conformidad con lo estipulado por el art. 515, CPPN, aplicable supletoriamente en razón de lo dispuesto en el art. 6º, LPC. Y continúa señalando que la finalidad perseguida mediante la realización de la audiencia es la de otorgar al imputado la posibilidad de ser oído, aspecto fundamental del derecho de defensa, toda vez que en esa oportunidad su defendida hubiera podido acreditar —en un acto respetuoso del principio de contradicción y con intervención de todas las partes— todos los extremos señalados por la defensa en sus intervenciones en la causa, y su voluntad de cumplir el compromiso asumido.

4. La suspensión del proceso a prueba en materia contravencional está regulada en el art. 45, CC. Esta disposición, sin embargo, no establece los pasos a seguir en caso de incumplimiento de las reglas de conducta por parte del imputado y tampoco lo hace la LPC. Para este supuesto, en cambio, el CPPN, en su art. 515, establece —en lo que aquí interesa— que "En caso de incumplimiento o inobservancia de las condiciones, imposiciones o instrucciones, el tribunal de ejecución otorgará posibilidad de audiencia al imputado, y resolverá acerca de la revocatoria o subsistencia del beneficio...".

Ahora bien, según el art. 6º, LPC, se aplican supletoriamente las disposiciones del Código Procesal Penal que rige en la Ciudad de Buenos Aires en todo cuanto no se opongan al presente texto. Y en este sentido, de ningún modo se puede decir que la regulación citada se oponga al texto de la LPC, que como ha sido dicho no prevé nada al respecto, ni a la regulación del CC, art. 45. Por el contrario, se puede incluso afirmar que la complementa de un modo razonable.

En el mismo sentido, la doctrina ha destacado que "El órgano judicial que toma conocimiento de un posible incumplimiento de estas reglas, debe citar al imputado y escucharlo en una audiencia (a la que deberá concurrir con su letrado, quien debe haber tenido una real posibilidad de asesorarlo previamente), antes de disponer la revocación, para posibilitarle el ejercicio de la defensa en juicio (art. 18, C.N.). Por ello es que, para la revocación no bastará nunca un mero informe al respecto de la autoridad que lleve a cabo las funciones propias de la etapa de ejecución.// El incumplimiento —para ser causa de revocación—, deberá ser *reiterado* y *persistente*, además de *injustificado*. [...] la revocación será siempre una *facultad* judicial, pero nunca un *deber*, pues el Estado deberá esforzarse plenamente en la búsqueda de alternativas de cumplimiento (ya sea por medio de la modificación del régimen impuesto o bien, cuando haga falta, a través de la prestación de asistencia al imputado). Ello será necesario con miras a favorecer el funcionamiento de esta alternativa que, atinadamente, se ha implementado para impedir el estigma del proceso y la consiguiente mácula que importan (para el individuo) la condena penal y su posible permanencia en cualquier institución carcelaria. El logro de esa noble finalidad exige otro presupuesto para la revocación, consistente en que el incumplimiento de tales reglas revista, además, *suficiente gravedad* (no bastando con cualquier incumplimiento mínimo)" (Vitale, Gustavo L.: *Suspensión del proceso penal a prueba*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 274, resaltado en el original).

Acierta pues la defensa cuando sostiene que haber omitido la intervención del imputado acarrea una nulidad absoluta (art. 167, 3º, CPPN) susceptible de ser declarada aun de oficio en cualquier estado y grado del proceso, porque implica la violación de una norma constitucional —derecho de defensa o derecho a ser oído— (art. 168, CPPN). Debe tenerse presente que la convocatoria a la audiencia prevista en el art. 515, CPPN no es una facultad discrecional del juez.

No cabe duda de que al momento en que se verificó que la señora Donoso no había aprobado el curso "Programa de Educación Vial para suspensión de juicio a prueba y penas en suspenso de contraventores de tránsito" (una de las reglas de conducta que le habían sido impuestas al ordenarse la suspensión del proceso) era de aplicación supletoria el art. 515, CPPN (conf. art. 6º, LPC).

En consecuencia la decisión que revoca la suspensión del proceso a prueba de la señora Donoso es nula por lesionar su derecho de defensa en juicio o, más precisamente, su derecho a ser oída. Como ya se dijera más arriba se trata de una nulidad absoluta y por tanto es irrelevante el hecho de que la defensa no haya solicitado la realización de la audiencia al momento en que el juez le corrió vista, previo a revocar la suspensión del juicio a prueba.

Corresponde entonces declarar extinguida la acción contravencional y sobreseer a la imputada. Si bien la realización de la audiencia prescripta en el art. 515, CPPN es factible, lo cual en principio parecería indicar que la causa debería ser reenviada al juez de mérito, considero que ello no corresponde en los presentes autos. Retrogradar el proceso en detrimento del derecho de la imputada a una sentencia rápida y eficaz que resuelva definitivamente su situación en un plazo razonable, implicaría vulnerar las normas constitucionales que rigen el debido proceso y que impiden cualquier intento de subsanar errores que no son atribuibles a la procesada sino al Estado.

Por todo lo expuesto voto por declarar admisible la queja, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad y sobreseer a Laura Haydée Donoso.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. El pronunciamiento que origina esta queja, en tanto confirmó la decisión que había revocado la suspensión del juicio a prueba provoca, como consecuencia natural, la continuación del proceso según sus cauces normales, y entonces, evidentemente, no configura una sentencia definitiva a los fines del recurso de inconstitucionalidad. Por su parte, la recurrente tampoco acredita un supuesto de equiparación porque se limita a enunciar una discrepancia acerca de cuestiones estrictamente procesales.

2. La defensa sostiene que decidir la revocación de la suspensión del juicio a prueba sin haber convocado el juez a la audiencia prevista en el art. 515 del CPPN —aplicable supletoriamente (art. 6º del LPC)—, "(...) ha impedido al imputado la posibilidad de acceder a un modo de finalización del procedimiento, sin el cumplimiento de las normas del debido proceso legal vigentes, afectándose (...) el derecho de defensa en juicio en cuanto a la posibilidad de la imputada a ser oída y a ejercer la defensa material, lo cual implica que la tutela de dicho derecho no podrá cumplirse eficazmente en una oportunidad posterior" (fs. 41).

Pese al modo que la recurrente presenta su objeción, los agravios esgrimidos en las piezas recursivas, en realidad, sólo expresan discrepancias con la inteligencia que los jueces de mérito otorgaron a los recaudos que exige la normativa que regula el procedimiento en torno a la *probation* (v. gr. aspectos procesales vinculados con el art. 45 del CC), cuestión interpretativa cuya revisión no suscita, por sí, la competencia del Tribunal en la vía intentada.

En efecto, el *a quo* sostuvo, para lo que ahora importa, que si bien el art. 45 del CC no incluye como requisito "la comparecencia del probado" tampoco veda instarla "mediante las presentaciones pertinentes" (fs. 18 vta.). En tal contexto, la defensa no explica por qué la invocada afectación del derecho de defensa podría imputarse a la resolución que revocó la suspensión del juicio a prueba cuando, en oportunidad de evacuar la vista que le fue conferida antes de emitir el pronunciamiento impugnado, el señor Defensor no pidió la mentada audiencia.

En tal contexto, las previsiones del art. 18 de la C.N. carecen de relación directa con la decisión atacada.

3. Por su parte, si bien el Defensor General en la queja (fs. 43 vta.) se agravió por cuanto los jueces de mérito omitieron expedirse sobre el pedido de sustituir la regla de conducta comprometida, la objeción no fue mantenida en el recurso de inconstitucionalidad y su análisis remite a la valoración de cuestiones de hecho y prueba privativas, por regla, de los jueces de mérito.

En consecuencia, corresponde rechazar la queja sin que lo decidido implique obstáculo alguno para que, como señaló el pronunciamiento de fs. 6, los jueces de mérito puedan "tener presente el esfuerzo realizado por Donoso" a los efectos que consideren corresponda.

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

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. La queja cumple con los requisitos básicos que fija la ley 402. Sin embargo, debe ser rechazada porque la decisión que la defensa atacó a través de su recurso de inconstitucionalidad no constituye la sentencia definitiva de este proceso.

2. La resolución mencionada en el punto anterior —confirmación del fallo de primera instancia que revocó la suspensión del juicio a prueba— no es una de aquellas que puede ser cuestionada ante el Tribunal porque, sencillamente, ordena la continuación del proceso hacia la decisión sobre la inocencia o culpabilidad del acusado. Es más, como ya expuse en múltiples sentencias (ver, por ejemplo, "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Ponzoni, Manuel Eduardo s/inf. art. 189 bis tercer párrafo del C.P.'", expte. nº 4170, sent. del 5/6/2006, entre otras), ni siquiera considero que existan decisiones que pueden ser asimilables a una sentencia definitiva a los fines del recurso previsto en el art. 113, inc. 3º, de la Constitución local. El art. 27 de la ley 402 sólo permite el recurso de inconstitucionalidad una vez lograda la sentencia que finaliza el juicio de mérito. Y, a decir verdad, esa regulación resulta absolutamente racional para un tribunal extraordinario —que no es el tribunal de mérito—, pues el defecto puede subsanarse durante el procedimiento, incluso por un resultado final favorable al perjudicado por el vicio.

3. A pesar de que, a mi juicio, con ello se resuelve el caso, cabe agregar que los jueces de mérito tienen, según la ley común (infraconstitucional), el señorío sobre la decisión que revoca la suspensión del proceso a prueba y, salvo que se trate de un fundamento ilegítimo, esa decisión —que depende de la fijación del hecho mediante valoración de la prueba y de la interpretación de disposiciones de la ley común— no puede ser transferida a la competencia del TSJBA, no prevista para ello según el orden jurídico local.

4. El agravio referido al procedimiento —carencia de audiencia— ha sido, a mi juicio, correctamente contestado por la Cámara, pues el art. 45 del Código Contravencional no prevé audiencia alguna y —al menos en el caso, en el cual el defensor no requirió la audiencia y sólo se queja por su carencia una vez conocida la decisión— la vista decidida por el juez respecto del requerimiento fiscal (ver fs. 4 y 5) resulta suficiente para una defensa eficaz.

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

El juez José O. Casás dijo:

Por los fundamentos expuestos en los puntos 1 a 3 del voto del doctor Luis F. Lozano y los argumentos concordantes presentados en el voto del doctor Julio B. J. Maier, a los que adhiero, corresponde rechazar el recurso de queja deducido por la defensa de Laura Haydée Donoso. En virtud de ello, estimo que debe intimarse al cumplimiento de la integración del depósito previsto en el art. 34, LPTSJ, dado que la imputada no se encuentra dentro de los sujetos exentos por la ley de tasa judicial (327), ni ha acreditado haber obtenido o iniciado un beneficio de litigar sin gastos (conf. mis votos en: "Empresa de Transporte Pedro de Mendoza CISA —causa 459-CC/00— s/recurso de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado", expte. nº 724/00, resolución del 14/2/2001, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, t. III, pp. 16 y ss.; "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional Nº 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Oniszczuk, Carlos Alberto y Márquez, Sandra Rosana s/ley 255 —apelación", expte. nº 2266, resolución del 16/7/2003 y "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ronchetti, Leonardo s/art. 47, CC —apelación'", expte. nº 3996/05, resolución del 14/9/2005).

Así lo voto.

Por ello, emitido el dictamen del Fiscal General Adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja agregado a fs. 37/48.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita esta queja a la Sala II de la Cámara CyF.

La jueza Ana María Conde no suscribe esta resolución por estar en uso de licencia.

Fdo.: *José O. Casás, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier.*

CXVIII

"GIACOMETTO, MIGUEL LEONARDO S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'GIACOMETTO, MIGUEL LEONARDO C/GCBA S/REVISIÓN CESANTÍAS O EXONERACIONES DE EMP. PÚB.'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL:
Cuestión federal. Interposición extemporánea.

SUMARIO:

1. Cabe denegar el recurso extraordinario federal cuando la cuestión federal no fue propuesta en el recurso directo, sino que fue invocado por primera vez al interponerse el recurso de inconstitucionalidad local, de modo que su planteo resulta extemporáneo. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al que adhiere el señor juez Julio B. J. Maier. En sentido concordante ver voto de los señores jueces José O. Casás y Luis F. Lozano).*

2. La aplicación e interpretación de reglas de derecho público local, en principio están excluidas de la materia propia del recurso extraordinario federal. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al que adhiere el señor juez Julio B. J. Maier).*

3. No cabe introducir la cuestión federal mediante la invocación de arbitrariedad de sentencia, pues la admisibilidad del recurso extraordinario por dicha causal es estricta, no subsana el defecto de carencia de cuestión federal bastante, ni tiene por objeto valorar nuevamente la prueba o interpretar el derecho común vigente. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

Expte. nº 5488/07 - 11/6/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Miguel Leonardo Giacometto interpone recurso extraordinario (fs. 48/64 vta.) contra la decisión de fecha 26/3/2008 (fs. 35/42) por la que el Tribunal decidiera desestimar la queja oportunamente interpuesta.

2. El recurso es contestado por la parte demandada, que solicita su rechazo (fs. 68/70).

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso extraordinario federal deducido —pese a haber sido articulado en término— no resulta admisible.

2. Basta para rechazar el remedio intentado señalar —como lo hace la demandada al contestar el traslado respectivo— que la cuestión federal que el recurrente ahora pretende introducir no es más que el fruto de una reflexión tardía. En efecto, el actor debió plantear esta cuestión en oportunidad de la presentación de fs. 1/5; sin embargo, guardó silencio. Era en dicha oportunidad, y no en otra, que el recurrente debió formularla y, en su caso, mantenerla.

Ciertamente, la cuestión federal que el recurso intenta someter a consideración de la CSJN no fue propuesta —aunque pudo serlo— en el recurso directo, pues el agravio vinculado con la nulidad de la cesantía por afectación de las garantías del debido proceso y la estabilidad, fue invocado por primera vez al interponerse el recurso de inconstitucionalidad local (fs. 213/220). En tales condiciones, cabe concluir que el planteamiento de la cuestión federal resulta extemporáneo.

3. Por lo demás, el planteo recursivo requiere analizar cuestiones de hecho, prueba y derecho público local ajenas a la instancia extraordinaria (v. gr. si las inasistencias en que incurrió el actor se encuentran, o no, justificadas o la interpretación de la ley 471).

En este sentido, la sentencia de segunda instancia resolvió el pleito con base en fundamentos no federales —versó sobre los hechos controvertidos, la valoración de la prueba producida, la inteligencia asignada a disposiciones procesales y a lo previsto en el art. 48, incs. a) y b) de la ley 471— que no fueron rebatidos y privan a las cláusulas de la Constitución Nacional invocadas (arts. 18 y 14 bis, C.N.) de relación directa con la solución del pleito.

Por otra parte, la normativa puesta en juego para resolver la causa —art. 48, incs. a) y b) ley 471— constituye, más allá de su acierto o error, aplicación e interpretación de reglas de derecho público local, por lo que quedan excluidas, en principio, de la materia propia del recurso extraordinario federal.

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

(*Fallos,* 289:336; 293:226; 296:642; 311:2004; 323:1217, entre muchos otros), como ocurre en este proceso.

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

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Me adhiero al voto de la señora jueza de trámite y agrego:

Es cuando menos, errónea la atestación que el recurrente inserta en la planilla obligatoria presentada *ad hoc* (art. 2º, Acordada 4/07) ante la CSJN, en el sentido de que la denominada "cuestión federal" fue planteada correctamente (en oportunidad de interponer el recurso directo de fs. 1/5 antes citado por la señora jueza de trámite).

El recurrente procura introducir la cuestión federal mediante la invocación de la arbitrariedad de la sentencia que impugna. Al respecto, cabe destacar que la admisibilidad del recurso por arbitrariedad, como lo tiene dicho la Corte (aunque responsable de esta doctrina y de su abuso) en pronunciamientos aislados pero acertadamente recatados, se considera estricta, esto es, no subsana el defecto de carencia de cuestión federal bastante, ni tiene por objeto valorar nuevamente la prueba o interpretar el derecho común vigente. El recurso, con relación a este agravio, resulta inadmisible en tanto se sostiene, básicamente, en la mera discrepancia del recurrente con la interpretación efectuada por el Tribunal en su sentencia. "La doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia, ni corregir fallos equivocados (...), sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que, deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la sentencia fundada en ley a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N." (*Fallos,* 312:246; 389, 608, 1839, entre otros).

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Coincido con la propuesta efectuada por la señora jueza de trámite, doctora Alicia E. C. Ruiz, consistente en denegar el recurso extraordinario federal interpuesto por el señor Miguel Leonardo Giacometto, puesto que, en efecto, la cuestión federal que se pretende llevar a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación es el resultado de una reflexión tardía por no haber sido sometida a conocimiento de la instancia de mérito en la oportunidad correspondiente.

Por último, el agravio relativo a la alegada afectación de la garantía a la tutela judicial efectiva tampoco permite conmover la suerte adversa del recurso intentado. Ello así, dado que el recurrente no logra demostrar la relación directa e inmediata entre las cuestiones debatidas en autos y las normas invocadas (art. 18

de la C.N. y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), exigida por el art. 15 de la ley 48 para la procedencia del remedio federal. En definitiva, las argumentaciones esgrimidas sólo trasuntan una discrepancia con la decisión de este Tribunal que rechazó la queja por recurso de inconstitucionalidad local denegado, en atención a que los cuestionamientos del actor no se habían dirigido a poner en crisis la conclusión a que había arribado el *a quo* —en punto a la comprobada falta de justificación de las inasistencias incurridas que fueron la causa de la cesantía dispuesta—; circunstancia que impedía adentrarse en su tratamiento. Así entonces, resulta adecuado recordar que nuestro Tribunal cimero ha entendido que las decisiones por las cuales los tribunales locales declaran la improcedencia de los recursos de orden local que se interponen ante ellos son ajenas, en principio, a la instancia extraordinaria (doctrina de *Fallos,* 299:268; 308:1577; 311:100; entre muchos otros).

En virtud de las consideraciones expuestas, corresponde denegar el recurso extraordinario federal incoado, con costas (art. 68, CPCCN).

Así lo voto.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Coincido con mis colegas en que el recurso extraordinario debe ser denegado porque los dos argumentos en los que busca apoyo el recurrente, estabilidad en el empleo público (conf. 14 bis de la C.N.) y tutela judicial efectiva, son fruto de una reflexión tardía, dado que fueron introducidos al debate en oportunidad de acudir en queja ante este Tribunal. Por lo demás, cabe señalar que el recurso sólo muestra su discrepancia con una sentencia que, por razones relativas al procedimiento local, declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad articulado contra la sentencia de segunda instancia, que resolvió el pleito con base en fundamentos no federales —constatación de los hechos imputados al señor Giacometto y aplicación de la ley 471.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal planteado por Miguel Leonardo Giacometto, con costas.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita como está ordenado a fs. 42, punto 2.

La jueza Ana María Conde no vota por estar en uso de licencia.

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

CXIX

"MAIDA BERTELEGNI, VANESA GISELLE C/CONSEJO DE LA MAGISTRATURA S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO" Y SU ACUMULADO EXPTE. Nº 5528/07 "MAIDA BERTELEGNI, VANESA GISELLE S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'MAIDA BERTELEGNI, VANESA GISELLE C/CONSEJO DE LA MAGISTRATURA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)'"

EXCUSACIÓN DE JUEZ DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA: Conjuez

SUMARIOS:

1. Ante la falta de designación de conjueces y conjuezas de esta Tribunal, y a fin de evitar la posible denegación de justicia, resulta pertinente integrar el Tribunal con quien reemplaza a la Presidenta de la Cámara de Apelaciones; es decir, que es el Vicepresidente. *(Voto de los señores jueces Julio B. J. Maier y Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante ver voto del señor juez José O. Casás).*

Expte. nº 5516/07 - 11/6/2008

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

El juez Luis F. Lozano se excusó de intervenir en estos autos (fs. 574). Aceptada su excusación se dispuso integrar el Tribunal en la forma dispuesta por el art. 24, ley 7 (fs. 575/576). Efectuado el sorteo pertinente resultó desinsaculado el presidente de la Cámara CyF (fs. 577). Por un error involuntario se consignó como tal al doctor Fernando Bosch y así se notificó a las partes. Librada la comunicación al referido magistrado (fs. 578), se recibió respuesta de la doctora Marcela de Langhe, quien hizo saber que en tanto era ella quien presidía la Cámara, aceptaba, en tal carácter, integrar el Tribunal en el caso (fs. 581).

La jueza de trámite hizo saber a las partes esta situación y les notificó que el Tribunal quedaba integrado con la jueza Marcela de Langhe (fs. 582). Vencido el plazo para que las partes pudieran objetar su intervención, se llamaron los autos al acuerdo (fs. 585).

Con fecha 4 de junio la doctora De Langhe se excusa de integrar el Tribunal por haber dictado la resolución que declaró parcialmente admisible el recurso de inconstitucionalidad que tramita en estas actuaciones, como jueza subrogante de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario (fs. 589).

FUNDAMENTOS:

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

1. En atención a que la señora jueza Marcela de Langhe dictó la resolución que al denegar parcialmente el recurso de inconstitucionalidad provocó la interposición del recurso de queja que tramita acumulado a estas actuaciones, corresponde aceptar su excusación (conf. art. 11, inc. 6º, CCAyT).

2. El art. 24 de la ley 7 establece que en los casos de recusación, excusación, vacancia o licencia de alguno de los jueces o juezas del Tribunal éste se integra, hasta el número legal para fallar, mediante sorteo entre los presidentes de las cámaras de apelaciones, y si no pudiere integrarse mediante dicho procedimiento se debe practicar un sorteo de la lista de conjueces y conjuezas.

Consta en autos que el presidente la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, doctor Eduardo Ángel Russo, ya ha formulado su excusación para intervenir en estos autos (fs. 417). Además, es de público conocimiento que aún no han sido designados los conjueces y conjuezas de este Tribunal.

Con la finalidad de evitar la posible denegación de justicia que traería aparejada la situación descripta en el punto anterior, resulta pertinente integrar el Tribunal con quien, de acuerdo con el art. 1º del "Reglamento para la Jurisdicción en lo Penal, Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires" —aprobado por resol. 870/CM/2005 del 1º/11/2005— reemplaza a la presidenta de la Cámara de Apelaciones, a saber, el Vicepresidente, doctor Marcelo Vázquez.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Consiento el procedimiento que se propicia implementar en el presente decisorio, atento las excepcionales circunstancias verificadas en estas actuaciones.

Así lo voto.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Aceptar* la excusación de la jueza Marcela de Langhe para integrar el Tribunal.

2º. *Disponer* la integración del Tribunal con el vicepresidente de la Cámara CyF, doctor Marcelo Vázquez.

3º. *Mandar* que se registre, se comunique al magistrado designado y se notifique a las partes.

La jueza Ana María Conde no vota por estar en uso de licencia.

Fdo.: *José O. Casás, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier.*

CXX

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA OFICIAL EN LO CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS Nº 4— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'HOLZMANN, HORACIO FRANCISCO Y OTROS S/INF. ART. 189 BIS, C.P.'" Y SU ACUMULADO Nº 5689/07 "MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA OFICIAL EN LO CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS Nº 4— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'HOLZMANN, HORACIO FRANCISCO Y OTROS S/INF. ART. 189 BIS, C.P.'"

RECURSO DE QUEJA: Sentencia definitiva. Cuestión procesal. Gravamen irreparable.

SUMARIOS:

1. La decisión que desestimó el planteo de nulidad vinculado con el rechazo de la recusación de la jueza interviniente en el debate no es sentencia definitiva ni equiparable a tal, pues ordena la continuación del proceso hacia la decisión sobre la inocencia o culpabilidad del acusado. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier. En sentido concordante ver voto de los señores jueces José O. Casás y Luis F. Lozano).*

2. No corresponde intimar para que se acredite el pago del depósito previsto como requisito de admisibilidad del recurso de queja interpuesto por la defensa oficial. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier. En sentido concordante ver voto de los señores jueces Alicia E. C. Ruiz y Luis F. Lozano).*

3. Cabe rechazar el recurso de queja cuando se controvierte una decisión que remite a cuestiones procesales y no se ha demostrado que la interpretación dada por los jueces a las normas en juego sea irrazonable. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

4. Si en la formulación de la queja no se determina cual es la cuestión que provocaría perjuicios de imposible reparación ulterior, la resolución impugnada no puede ser equiparada a sentencia definitiva. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 5688/07 - 11/6/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Los defensores de César Moisés Ríos y José Chaparro, luego de que la titular del Juzgado CyF Nº 5 —quien recibió el legajo una vez finalizada la investigación preparatoria— resolviera sobre la admisibilidad de las pruebas ofrecidas

con miras al debate, plantearon, a través de escritos independientes (fs. 1/2 y 42/44), la recusación de dicha magistrada a fin de que no interviniera en la audiencia de juicio. Esa petición fue rechazada por la propia jueza y, posteriormente, la Cámara confirmó ese decisorio.

2. Ambas defensas, separadamente, plantearon la nulidad del fallo de la Sala I porque entendieron, en pocas palabras, que aquella decisión era inválida, en tanto fue adoptada sin que se hubiera celebrado la audiencia a la que alude el art. 25 del CPP de la Ciudad.

Los camaristas descartaron las dos presentaciones porque consideraron que la ley procesal no admite el planteo de nulidades contra decisiones adoptadas en segunda instancia. Agregaron, asimismo, que la audiencia mencionada en los arts. 25 y 61 del CPPCABA no debe llevarse adelante cuando los puntos discutidos por las partes sólo involucran cuestiones de puro derecho.

3. Ante la decisión de la Cámara reseñada en el punto anterior se presentaron dos recursos de inconstitucionalidad, uno a favor del señor Ríos y otro en representación del señor Chaparro.

En los dos escritos, aunque bajo títulos diferentes, se expusieron los siguientes motivos de agravio: *a)* desconocimiento de la garantía de protección judicial, debido a que la Cámara, apoyada en una interpretación inválida del instituto de las nulidades procesales, omitió reexaminar una decisión que —siempre según los recurrentes— desconocía garantías constitucionales; y *b)* violación del derecho de defensa porque, aunque los miembros de la Sala I consideraron que, en el caso, no era necesario celebrar la audiencia prevista en el art. 25, CPP local, los defensores entendieron que aquella era la única oportunidad en la cual podrían haber refutado los fundamentos que la magistrada recusada expuso en su informe.

4. La Cámara de Apelaciones declaró inadmisibles ambos recursos al considerar que no se dirigían contra la sentencia definitiva de la causa ni contra una decisión que generara agravios de tardía, insuficiente o imposible reparación posterior. Asimismo, agregaron que las presentaciones no exponían un caso de competencia del Tribunal sino que, por el contrario, se limitaban a mencionar genéricamente principios constitucionales y a discutir la interpretación de normas de derecho común.

Ante esta denegatoria las dos defensas interpusieron recurso de queja.

5. El juez de trámite, frente al contenido de las presentaciones directas, ya reseñado, ordenó acumular ambas quejas en un solo expediente.

6. El Fiscal General Adjunto, al momento de emitir su dictamen (fs. 81/82), propició el rechazo de las dos presentaciones directas. Sostuvo, en primer lugar, que los recursos de inconstitucionalidad a los que se vinculaban no atacaban una sentencia definitiva o auto equiparable. Asimismo, aunque manifestó que "asiste razón a la defensa en el planteo formulado, sobre la inobservancia de la ley procesal vigente al momento del acto y que ello podría importar una causal de nulidad por

omisión de la intervención de la defensa" (fs. 81 vta.), refirió que —dadas las particularidades del caso— ello no permitía advertir una violación efectiva al derecho de defensa en tanto sólo se intentaba apartar del caso a la jueza de primera instancia sin que se "alegara de qué manera perdió la imparcialidad en el caso concreto" (fs. 81 vta./82). En pocas palabras, indicó que "no existe en autos un caso constitucional real, pues la imparcialidad de la jueza no fue atacada con fundamentos conducentes a su evaluación y tampoco se señaló cuál fue el perjuicio para la defensa por la no realización de la audiencia ante la Cámara de Apelaciones, desde que las pruebas ofrecidas para el debate fueron admitidas en su totalidad" (fs. 82).

FUNDAMENTOS:

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Las quejas intentadas cumplen con los requisitos de tiempo, modo y lugar de presentación que establece la ley procesal (art. 33, ley 402). Sin embargo, deben ser rechazadas porque los recursos de inconstitucionalidad que defienden no atacan la decisión final de mérito sobre la acusación.

2. La decisión atacada por recurso de inconstitucionalidad —desestimación de un planteo de nulidad vinculado, a su vez, con el rechazo de una recusación de la jueza que intervendría en el debate— no es una de aquellas que puede ser cuestionada ante el Tribunal porque, sencillamente, ordena la continuación del proceso hacia la decisión sobre la inocencia o culpabilidad del acusado. Es más, como ya expuse en múltiples sentencias (ver, por ejemplo, "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Ponzoni, Manuel Eduardo s/inf. art. 189 bis tercer párrafo del C.P.'", expte. nº 4170, sent. del 5/6/2006), ni siquiera considero que existan decisiones que puedan ser *asimilables* a una sentencia definitiva a los fines del recurso previsto en el art. 113, inc. 3º, de la Constitución local. El art. 27 de la ley 402 sólo permite el recurso de inconstitucionalidad una vez lograda la sentencia que finaliza el juicio de mérito. Y, a decir verdad, esa regulación resulta absolutamente racional para un tribunal extraordinario —que no es el tribunal de mérito—, pues el defecto puede subsanarse durante el procedimiento, incluso por un resultado final favorable al perjudicado por el vicio.

3. De tal manera, estimo que, a pesar de que el gravamen podría ser irreparable en términos de validez del juicio penal —porque, según afirman los recurrentes, dudan sobre la imparcialidad de la juzgadora y cuestionan la actividad de los camaristas para tratar aquellas cuestiones que se relacionaban con el punto—, la decisión agota la posibilidad de ser recurrida en la resolución de mérito de la Cámara sobre sus planteos y los recurrentes conservan el derecho de hacer valer su criterio —tanto sobre la supuesta parcialidad de la juzgadora como en aquello relativo al trámite de estas actuaciones— en contra de una eventual sentencia condenatoria.

4. Por las razones expuestas, voto por rechazar los recursos de queja agregados a fs. 22/28 y 66/76.

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

El juez José O. Casás dijo:

1. Tal como lo propone el juez de trámite, doctor Julio B. J. Maier, las quejas interpuestas a fs. 22/28 y 66/76 deben ser rechazadas pues los recursos de inconstitucionalidad que vienen a defender no fueron interpuestos contra una sentencia definitiva u otra decisión que pueda serle equiparada (art. 27, ley 402).

2. En ese sentido, la decisión de los jueces de la Sala I de la Cámara CyF que rechazó *in limine* un planteo de nulidad interpuesto contra una resolución de esa misma Sala —por la que no se hizo lugar a la recusación planteada por las defensas oficiales de los imputados— con base en que no se encuentra prevista en la ley procesal la vía autónoma de la nulidad dirigida contra decisiones de ese Tribunal de Alzada (ver, en copia, fs. 11), no constituye sentencia definitiva en el sentido del art. 27 de la ley 402, ni puede ser equiparada a tal, en tanto se trata de una decisión adoptada durante la tramitación del proceso cuya consecuencia es la continuación de aquel (conf. "Ministerio Público —Defensoría en lo Contravencional y de Faltas Nº 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Posta, Felipe y Berbegall, Rodolfo s/infracción ley 255 —apelación'", expte. nº 3338/04, resolución del 1º/12/2004, y más recientemente: "Ministerio Público —Defensoría en lo Contravencional y de Faltas Nº 5— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Erice, Fabián; Erice, Ariel y otros s/inf. arts. 116 y 117, ley 1472'", expte. nº 5285/07, resolución del 12/9/2007 y "Cóceres, Alfredo Gabriel y otros s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Cóceres, Alfredo Gabriel y otros s/inf. art. 116, CC. Organizar y explotar juego sin autorización, habilitación o licencia —incidente de recusación'", expte. nº 5507, resolución del 9/4/2008).

Más allá del acierto o error en cuanto al trámite y al tratamiento brindados por la Cámara a los planteos de recusación de los imputados, lo cierto es que la decisión que aquí se controvierte remite a una cuestión de orden procesal y los recurrentes no han demostrado —sin perjuicio de la invocación del principio de legalidad, "derecho al acceso a la jurisdicción y [e]l principio de contralor de los actos de gobierno"— que la interpretación que los jueces realizaron de las normas en juego pueda considerarse irrazonable. Por lo demás, tampoco han cuestionado concretamente, en términos constitucionales, las previsiones del art. 25, CPPCBA, en cuanto prevé que contra la resolución de Cámara sobre la recusación "no se admitirá recurso alguno".

Finalmente, los agravios de los recurrentes relativos a la supuesta vulneración del derecho de defensa en juicio de los imputados en razón de haberse resuelto el planteo recusatorio sin previa audiencia (art. 25, CPPCBA) —y los vinculados con la supuesta vulneración de la garantía del juez imparcial (planteados en los escritos a través de los cuales se pretendió la recusación de la jueza que fijó audiencia de debate)— pudieron en todo caso ser mantenidos en un recurso de inconstitucionalidad temporáneamente interpuesto contra la decisión que no hizo lugar a las recusaciones intentadas, si se consideraba que se daban en el caso todos los requisitos para obtener la intervención extraordinaria de este Tribunal.

3. Por las consideraciones expuestas corresponde rechazar las quejas interpuestas e intimar al cumplimiento de la integración del depósito previsto en el art. 34, LPTSJ, dado que los imputados no se encuentran dentro de los sujetos exentos por la ley de tasa judicial (nº 327), ni han acreditado haber obtenido o iniciado un beneficio de litigar sin gastos (conf. mis votos en: "Empresa de Transporte Pedro de Mendoza CISA —causa 459-CC/00— s/recurso de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado", expte. nº 724/00, resolución del 14/2/2001, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, t. III, pp. 16 y ss.; "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional Nº 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Oniszczuk, Carlos Alberto y Márquez, Sandra Rosana s/ley 255 —apelación'", expte. nº 2266, resolución del 16/7/2003 y "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ronchetti, Leonardo s/art. 47, CC —apelación'", expte. nº 3996/05, resolución del 14/9/2005).

Así lo voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Comparto la solución propuesta por mi colega de trámite, doctor Julio B. J. Maier, así como las consideraciones agregadas por el doctor José O. Casás.

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

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. Los recursos de queja fueron interpuestos ante este tribunal dentro del plazo que fija el art. 33, ley 402, y contienen una descripción de los hechos principales de la causa, sin embargo no pueden prosperar.

2. Los señores defensores, a pesar de sus esfuerzos argumentativos, no logran precisar cuáles son las críticas que dirigen al auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad que dictara la Cámara. En ambas quejas, por ejemplo, se alega que el perjuicio es de imposible reparación ulterior porque "no existe otra

oportunidad procesal útil para plantear la cuestión y asegurar la correcta resolución de los agravios constitucionales formulados por esta defensa, con relación al modo en que se resolvió el planteo de recusación de la jueza de primera instancia tendiente a resguardar, en definitiva, la garantía de juez imparcial. En tanto toda decisión posterior sobre esta cuestión se presenta como ineficaz tanto para evitar que se consagre la violación a ese derecho como para asegurar una reparación" (fs. 27 y en sentido similar fs. 74).

Un planteo de este tipo hace imposible determinar cuál es la cuestión que, a juicio de los quejosos, provocaría perjuicios de imposible reparación ulterior y daría carácter de equiparable a definitiva a la resolución impugnada.

Dicho en otros términos, no queda claro respecto de qué violación de derechos se agravian en las quejas. La argumentación citada, al referirse en términos genéricos a "la violación a ese derecho", parece dejar en manos de este Tribunal la decisión acerca de si la irreparabilidad se postula con relación a la negativa de una vía autónoma para apelar la invocación de una nulidad, o respecto de la confirmación del auto de primera instancia sin la realización de la audiencia prescripta en el art. 25, o respecto del rechazo de la recusación en posible violación de lo prescrito en el art. 21, inc. 12, del CPPCABA.

3. Dado que ya me he manifestado a favor de la exención del pago del depósito cuando el recurso procede de la defensa oficial, a tal respecto remito a mi opinión en "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Feng Chen Chih s/art. 40, CC —apelación'", expte. nº 2212, resol. del 11/6/2003; "Ministerio Público —Defensoría Oficial Nº 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Caro, Maximiliano Daniel s/arts. 61 y 63 CC, apelación'", expte. nº 2197, resol. del 10/9/2003; "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional Nº 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Echagüe, Damián s/violar luz roja y otra'", expte. nº 2279, resolución del 30/9/2003; y "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 8— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Prescava, David Daniel s/art. 186 bis C.P.'".

4. Voto en consecuencia por el rechazo de los recursos de fs. 22 y 66.

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* los recursos de queja agregados a fs. 22/28 y 66/76.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita esta queja a la Sala I de la Cámara CyF.

La jueza Ana María Conde no suscribe esta resolución por estar en uso de licencia.

Fdo.: *José O. Casás, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier.*

CXXI

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA GENERAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'GUTIÉRREZ, HÉCTOR S/INF. ART. 80, ENSUCIAR BIENES DE PROPIEDAD PÚBLICA O PRIVADA, CC —APELACIÓN'"

RECURSO DE QUEJA: Sentencia definitiva. DEFENSOR OFICIAL: Legitimación procesal. Exención de depósito. Principio de *ne bis in idem.* Cosa juzgada.

SUMARIOS:

1. No existe interés jurídico en el Ministerio Público Fiscal para cuestionar la legitimación procesal de la defensa oficial para recurrir en queja, si la decisión judicial que designó defensor, ante la omisión del imputado de designar asistencia letrada de confianza, no fue objetada por el fiscal interviniente al deducir el recurso de apelación. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

2. El recurso de inconstitucionalidad se interpone contra las sentencias definitivas, salvo que la aplicación literal del art. 27 de la ley 402 frustre el ejercicio útil de la competencia de este Tribunal de conformidad con el art. 113, inc. 3º de la CCBA. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

3. El recurso de inconstitucionalidad se interpone contra sentencia definitiva a excepción de que se encuentren conculcados derechos constitucionalmente consagrados, sólo susceptibles de tutela inmediata, como lo es la garantía del *non bis in idem,* que consiste precisamente en evitar la continuación del proceso. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

3. El recurso de inconstitucionalidad se interpone contra sentencias definitivas, regla a la que sólo cabe hacer excepción cuando se encuentren conculcados derechos constitucionalmente consagrados, sólo susceptibles de tutela inmediata, como lo es la garantía del *non bis in idem,* que consiste precisamente en evitar la continuación del proceso. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

4. Los agravios sobre la supuesta violación de la garantía del *non bis in idem* desarrollados por vez primera en la queja, son el fruto de una reflexión tardía, que aun si hubiera sido oportunamente formulada no estaría acompañada de la necesaria prueba de que se haya perseguido al imputado dos veces por el mismo hecho, o que el riesgo de ser condenado al que fue sometido, exceda el definido por el legislador. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

5. La remisión de las actuaciones a la Unidad de Faltas dispuesta por los jueces de mérito, unida a la forma en que fue adoptada, priva de relación directa a la garantía del *non bis in idem* con lo resuelto en autos, porque el imputado nunca fue sujeto del proceso que regula la ley 12, y el proceso al que se lo recondujo, tendiente a dilucidar la existencia o no de una falta, es el primero al que va a estar sometido. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

6. El derecho a tener un juicio razonablemente rápido no ha sido vulnerado, si no fue sometido dilaciones injustificadas, ni su reenvío a la Unidad Administrativa de Control de Faltas importó retrotraer el trámite a etapas anteriores. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

7. Los actos emitidos por los Controladores tienen por objeto, naturaleza jurisdiccional y, una vez firmes, gozan de la estabilidad propia de la cosa juzgada judicial, por lo que no pueden ser revisados ni modificados. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

8. El juez contravencional que resuelve acerca de la existencia de una falta en ocasión de estar convocado a hacerlo respecto de una contravención, no puede evitar sentar conclusión en calidad de cosa juzgada acerca de la falta, y esa decisión no podría ser revisada por el controlador ni, una vez firme, por otro juez. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

9. Cuando la Unidad de Faltas recibe actuaciones que transitaron por el procedimiento que regula la ley 12, por resultar coincidentes los hechos imputados tanto para la concreción de una figura contravencional como la de una falta, el controlador no puede apartarse durante la investigación, de los hechos acerca de los cuales se expidieron los jueces, porque aunque lo atinente a la existencia y alcance de la cosa juzgada es materia reglada por leyes procesales, en los procesos de naturaleza penal esas normas objetivas se encuentran condicionadas por el mandato de satisfacer las garantías constitucionales del *non bis in idem* y la de ser juzgado en un plazo razonable. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

10. La intervención de los integrantes del Ministerio Público no es promiscua ni indiferente a la voluntad del sujeto sometido a proceso contravencional, (arts. 1º, 3º y 37 de la ley 12), y negar sin más, al Defensor General la posibilidad de recurrir en queja ante este Tribunal podría en todo caso poner en juego la defensa en juicio de los intereses del imputado. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

11. La decisión que dispone la remisión de las actuaciones a la Unidad Administrativa de Control de Faltas sólo implica ordenar el proceso y no ponerle fin, de modo que no se trata de una sentencia definitiva u otra decisión que pueda serle equiparada (art. 27, ley 402). *(Voto del señor juez José O. Casás).*

12. Basta para rechazar el recurso de queja la simple verificación de que el recurso de inconstitucionalidad no fue articulado contra una sentencia definitiva (art. 27, ley 402). *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

13. No corresponde intimar a la defensa oficial para que acredite el pago del depósito previsto como requisito de admisibilidad de un recurso de queja. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier. En sentido concordante ver voto de los señores jueces Luis F. Lozano y Alicia E. C. Ruiz).*

14. Las decisiones referidas a medidas o provisiones adoptadas durante la tramitación del proceso no constituyen, en principio, sentencia definitiva en el sentido del art. 27 de la ley 402, y toda excepción a esa regla debe estar fundada en argumentos sólidos, que no se advierten en la queja. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 5583/07 - 11/6/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Surge de las actuaciones agregadas a la queja, que se labró un acta contravencional en contra de Héctor Gutiérrez por la presunta comisión de la contravención prevista en el art. 80, CC, y se procedió al secuestro de 10 carteles de papel (vistos y considerandos de la resolución de fs. 2/4).

La Fiscalía Contravencional y de Faltas de primera instancia dispuso remitir los antecedentes a la Unidad Administrativa de Control de Faltas, por no resultar "posible determinar si los referidos carteles publicitarios tenían entidad suficiente para afectar o poner en peligro cierto el bien jurídico de forma tal que la acción sea contravencionalmente relevante" (fs. 1).

La señora jueza interviniente en primera instancia consideró que, atento a lo expresado por la Fiscal respecto de la acción investigada, correspondía a ella resolver la situación del imputado y dispuso el archivo de la causa, con base en el art. 195, CPPN, aplicado supletoriamente de acuerdo a lo dispuesto por el art. 6º, ley 12. En la misma decisión designó como defensores del señor Gutiérrez a los cotitulares de la Defensoría Oficial Nº 6 (fs. 2/4).

2. La Fiscalía apeló la resolución. Sostuvo, en lo sustancial, que la posibilidad "de encauzar el procedimiento hacia el previsto en la ley 1217" fue admitida tanto por la Cámara de Apelaciones del fuero como por el Tribunal. Agregó que la decisión judicial vulneraba el principio acusatorio y que la señora jueza efectuó un juicio de mérito anticipado sobre la atipicidad de la conducta, ya que previamente debía avanzar "la pesquisa en la sede de faltas" (5/6 vta.).

La Cámara CyF hizo lugar al recurso de apelación y resolvió "*Revocar* el punto IV de la resolución recurrida (...) en cuanto resuelve archivar la presente causa, y *disponer* se remitan las actuaciones a la Unidad Administrativa de Control de Faltas, a sus efectos" (fs. 15/17 vta.).

3. La Defensoría Contravencional y de Faltas Nº 6 dedujo recurso de inconstitucionalidad contra el fallo de Cámara. Sostuvo que "si bien la sentencia no es definitiva, resulta equiparable a tal, toda vez que causa un agravio de imposible o insuficiente reparación ulterior al afectarse la garantía del debido proceso legal y defensa en juicio, pues el imputado tiene derecho a obtener —después de un proceso tramitado en legal forma— un pronunciamiento que ponga término, del modo más rápido posible a la situación de incertidumbre que comporta el enjuiciamiento penal". La Defensa se agravia porque si no existe sospecha de responsabilidad contravencional ni acusación en contra del imputado "la única solución viable es el archivo de las actuaciones, como modo de cerrar la persecución penal contravencional que se cernía sobre Gutiérrez", según la interpretación que postula del art. 39, ley 12 (fs. 11/14).

La Cámara consideró que el recurso de inconstitucionalidad no atacaba una sentencia definitiva (o una decisión que pueda equipararse a tal) y que tampoco exponía un caso constitucional.

4. La Defensoría General interpuso, frente a aquella decisión, un recurso de queja ante el Tribunal. Afirmó que el fallo cuestionado era equiparable a un sentencia definitiva, expone los efectos que —a su criterio— conlleva la remisión del legajo a sede administrativa y, además, individualiza los siguientes motivos de agravio constitucional: *a)* afectación de la garantía de debido proceso; *b)* desconocimiento del derecho a un pronunciamiento que ponga fin al proceso; *c)* violación de la garantía de *ne bis in idem*; *d)* vulneración del sistema acusatorio; y *e)* arbitrariedad de sentencia (fs. 19/29 vta.).

El Fiscal General Adjunto, al momento de emitir su dictamen (fs. 39/41 vta.), propició el rechazo de la queja. En primer lugar, objetó la legitimación procesal de la defensa oficial para recurrir debido a que el imputado "no ejerció el derecho personalísimo de designar asistencia letrada de confianza". Seguidamente, sostuvo que la defensa no atacaba una sentencia definitiva o auto que le sea equiparable, ya que no reviste esa calidad la decisión que importa la continuación del proceso. Agregó que tampoco exponía adecuadamente un caso constitucional, ya que la mera invocación de garantías y derechos constitucionales no cumple con tal exigencia cuando no se expresa de qué modo se habría producido su afectación. Por último, desechó que se estuviera frente a un caso de sentencia arbitraria.

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Comenzaré por analizar el dictamen del señor Fiscal General Adjunto en relación con la intervención de la "defensa oficial" durante todo el proceso y, en particular, la "legitimación" del señor Defensor General para interponer la presente queja.

1.1. A fin de dilucidar el punto, conviene distinguir dos objetos de posible análisis para establecer cuál de ellos es el que ahora nos incumbe. Por una lado, aquel en que lo discutido es si el sujeto que se presenta por sí o por apoderado (en este último caso, el término "representante" resulta más familiar para el tipo de materia que nos ocupa) es el titular de la relación jurídica invocada, debate acerca de la legitimación. Por el otro, aquel en que no se discute la titularidad de la relación jurídica sino si quien se presente tiene poder suficiente para obrar en nombre del sujeto titular de esa relación, debate acerca de la personería. La objeción que nos ocupa es una de personería. Ello así, en tanto la "defensa oficial" —representada en el *sub lite* por medio de la defensora cotitular de la Defensoría Oficial Nº 6, doctora Marcela Paz, y el Defensor General— no ha actuado en defensa de un derecho de un tercero ajeno a la causa o uno que le sea propio, sino que lo ha hecho en representación de los del señor Héctor Gutiérrez, cuya condición de imputado

no se discute. El punto controvertido es si la defensa podía serles adjudicada en ausencia del referido imputado.

1.2. El señor Fiscal General Adjunto postula, en lo que hace al fondo del planteo, que la designación de oficio de la "defensa oficial" realizada por la jueza de mérito resulta violatoria de las previsiones de los arts. 3º de la ley 12 y 29 del CPP de la CABA (señala que el citado art. 3º establece la regla según la cual "[e]l imputado o imputada puede hacerse defender por abogado/a inscripto en la matrícula. Si no eligiere defensor o defensora de confianza el juez o jueza o el fiscal según el caso, deberá dar inmediata intervención al defensor o defensora que por turno corresponda" y que previsiones similares a las transcriptas contiene el art. 29 del CPP de la CABA, por lo que la imposición de oficio de la defensa, a su juicio, deviene violatoria de dicha regla). Lo cierto es que ese planteo por relevante que sea no puede ser traído por el Ministerio Público Fiscal, puesto que dicho órgano ha perdido el interés jurídico que podía asistirle con relación a la cuestión. En este orden de ideas, conforme surge de las copias acompañadas a la queja, el Ministerio Público de la Defensa tomó intervención en la causa con motivo de la resolución adoptada por la jueza de primera instancia. Dicha magistrada sostuvo, en lo que ahora importa, que "[t]oda vez que el presunto contraventor no ha nombrado abogado/a de su confianza hasta el presente, a los fines de no tornar ilusorio el efectivo ejercicio del derecho a la defensa en juicio y de asegurar el debido proceso legal (arts. 18 de la C.N. y 13.3 de la CCBA), desígnese como abogados defensores de *Héctor Gutiérrez* a los doctores Marcela Paz y Roberto Guinney, cotitulares de la Defensoría Oficial Nº 6, con domicilio en la calle Beruti 3345, 2º piso, de esta ciudad" (fs. 3 vta./4). Más allá del acierto o error de esa decisión, lo cierto es que no fue objetada por la señora Fiscal interviniente al deducir el recurso de apelación (ver fs. 5/6 vta.), por lo que no cabe, como principio, sino tener por subsistente la decisión que la instancia de mérito adoptó a ese respecto. A su vez, el art. 36, inc. 1º, de la ley 1903 establece que corresponde al Defensor General "[e]jercer ante el Tribunal Superior de Justicia las facultades propias del Ministerio Público de la Defensa, por sí o continuando la intervención de éste en instancias anteriores". Consecuentemente, el Ministerio Público Fiscal al haber consentido lo actuado hasta el momento de intervenir en la causa en las condiciones que prevé el art. 29, inc. 1º, de la ley 1.903 resignó el interés jurídico que podía asistirle con relación a dicha cuestión; y quien detentaría a la fecha ese interés, esto es, el señor Gutiérrez, no lo ha impugnado. Por ello, no corresponde al Tribunal apartarse de lo decidido por las instancias de mérito, en torno al recaudo analizado en el dictamen del señor Fiscal General Adjunto (legitimación de la defensa).

Por lo demás, no han sido invocadas ni concurren razones para revisar de oficio la personaría reconocida.

2. Sin perjuicio de ello, la queja debe ser rechazada, porque el recurso de inconstitucionalidad no ha sido deducido contra una sentencia definitiva o equiparable a tal (conf. art. 27 de la ley 402).

2.1. Conforme surge del art. 27 de la ley 402 el recurso de inconstitucionalidad "...se interpone contra *las sentencias definitivas* del tribunal superior de la causa..." (sin resaltar en el original), regla a la que sólo cabe hacer excepción cuando la aplicación literal de dicho artículo frustra el ejercicio útil de la competencia que a este Tribunal le viene encomendada a través del art. 113, inc. 3º de la CCBA, es decir, conocer "…en todos los casos que versen sobre la aplicación de normas contenidas en al C.N. o en esta Constitución" (conf. mi voto *in re* "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Díaz, David Domingo s/inf. art. 189 bis, C.P. —apelación'", expte. nº (4979), sent. del 23/5/2007).

Como lo he sostenido con anterioridad, y en lo que ahora importa, dicho supuesto de excepción tiene lugar cuando se encuentran conculcados derechos consagrados en las fuentes indicadas más arriba sólo susceptibles de tutela inmediata, como lo es, entre otros, la garantía del *non bis in idem* porque dicha garantía consiste precisamente en evitar la continuación del proceso (conf. mi voto *in re* "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'", expte. nº 3739, resolución del 9/3/2005); situación esta última que, aunque invocada por la defensa, no se encuentra acreditada en autos. En primer lugar, porque los argumentos que el señor Defensor Oficial formula bajo el título violación de la garantía del *non bis in idem* son fruto de una reflexión tardía, atento que fueron desarrollados por vez primera en la queja. En segundo término, porque aun cuando cupiere tener a dicho agravio por formulado en término, lo cierto es que la defensa no muestra que se haya dado alguno de los supuestos que darían lugar a la violación de esa garantía, es decir, que se haya perseguido al imputado dos veces por el mismo hecho, o que el riesgo de ser condenado al que fue sometido, haya sido uno que excede el definido por el legislador (conf. mi voto *in re* "Montero Montero", ya citado).

La Cámara, en lo que ahora importa, resolvió revocar la decisión de primera instancia en cuanto ordenó archivar las actuaciones y dispuso la remisión de ellas a la Unidad Administrativa de Control de Faltas. Para comprender los alcances de esa decisión resulta necesario repasar las constancias de la causa. Tal como surge de los "resultas", al señor Gutiérrez se le labró un acta por la presunta comisión de la contravención prevista en el art. 80 del CC, y le secuestraron 10 carteles de papel. Aunque la fiscal entendió que la conducta imputada podía constituir, en lugar de una contravención, una violación al régimen de faltas, decidió remitir la causa, con carácter previo, a la justicia contravencional y de faltas para que se expidiese con relación a si la forma en que fue llevado el secuestro resultaba adecuado a la luz de las previsiones del art. 21 de la LPC. La jueza de primera instancia declaró la nulidad de dicho secuestró, principalmente, porque, a su juicio, al no haber intervenido el Ministerio Público Fiscal en la medida adoptada se habían conculcado las previsiones del art. 21 de la LPC (señaló la jueza que no había tomado intervención la fiscal en la medida adoptada, lo que a su juicio, conllevaba la nulidad del

secuestro practicado) y con ello el debido proceso legal (conf. art. 18 de la C.N.). Asimismo, y en lo que ahora importa, resolvió archivar las actuaciones. Fundó ésta decisión en la ausencia de una acusación por parte de la fiscal con relación a una contravención, sin que ello significase un pronunciamiento con relación a la falta sino, en todo caso, uno relativo al trámite que debía darse a la investigación de esa falta. En este orden de ideas, la jueza de primera instancia sostuvo que "… de conformidad con lo expuesto por el señor Fiscal, la conducta reprochada no constituye una contravención" (fs. 3). Esta última decisión fue apelada por la fiscal, conforme las facultades que le acuerda el art. 50 de la LPC —facultades que no fueron tachadas de inconstitucionales—, en la inteligencia que le dificultaba llevar las presentes actuaciones a la mencionada Unidad Administrativa. A su turno, para arribar a la solución que luce al inició de este párrafo, la Cámara señaló, en lo que al planteo importa, que "...la ley 451 en la sección 3º, Capítulo I 'Publicidad Prohibida' sanciona en su art. 3.1.1 a aquel que fije o haga fijar afiches en la vía pública en lugares no habilitados o sin el permiso correspondiente, disposición legal en la que podría subsumirse la conducta endilgada al encartado.// De este modo, en opinión de este Tribunal, corresponde revocar la resolución impugnada en cuanto dispone el archivo de los presentes actuados, y remitirla a la Unidad de Faltas a fin de que dicho organismo determine si Héctor Gutiérrez ha infringido el art. 3.1.1 de la ley 451". Concluyó su razonamiento afirmando que "[d]icha decisión '...sólo implica ordenar el proceso y no ponerle fin. Eventualmente, en caso de presentarse algún recurso, éste tramitará ante el fuero contravencional y de faltas...' *(sic)* (TSJBA. 'Pantigioso Flores, Armando s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado', expte. nº 2119... " (fs. 16 vta./17).

2.2. A fin de mostrar la falta de relación directa entre lo resuelto en la causa y la cuestión propuesta por el Defensor General, esto es, si la decisión del *a quo* de remitir las actuaciones a la Unidad de Faltas resulta violatoria del la garantía del *non bis in idem,* corresponde efectuar un análisis amplio desde la óptica de la ley, para luego adentrarse a lo ocurrido en autos.

Los mismos jueces han sido investidos tanto de la competencia para resolver en materia de contravenciones como para juzgar, en los términos del art. 24 de la ley 1217, las faltas previstas en la ley 451. Sin perjuicio de que no sea ésta la oportunidad para profundizar en la actividad que desarrollan los Controladores y, en particular, en la relación que existe con la que les corresponde ejercer a los jueces contravencionales y de faltas con arreglo al art. 24 y concs. de la ley 1217, lo cierto es que los actos emitidos por los Controladores tienen, por su objeto, naturaleza jurisdiccional y, consecuentemente, una vez firmes, gozan de la estabilidad propia de la cosa juzgada judicial, por lo que no pueden ser ni revisados ni modificados. Por lo mismo, el juzgamiento que la ley posibilita requerir de los órganos permanentes del poder judicial es pleno, esto es, no reconoce límites fundados en la necesidad de preservar el ámbito de ejercicio de la función administrativa por el poder administrador, en el marco de la división de poderes.

En virtud de las competencias señaladas al comienzo del párrafo que antecede, los jueces contravencionales podrían verse en situación de resolver acerca de la existencia de una falta en ocasión de estar convocados a hacerlo respecto de una contravención. Ejemplo de ello son los casos en que las razones para decidir que no ha tenido lugar una contravención implican que tampoco pudo haber ocurrido una falta, como sucede cuando el juez considera que no aconteció un hecho cuya presencia es indispensable tanto para uno como para el otro tipo de conducta ilícita. Si en un supuesto de esa especie, el juez debe pronunciarse acerca de la contravención no puede evitar sentar conclusión en calidad de cosa juzgada acerca de la falta, y esa decisión no podría ser revisada por el controlador, ni, una vez firme, por otro juez. Pero ello no fue lo ocurrido en autos.

De la reseña efectuada en el punto 2.1, párrafo tercero, surge que los jueces de mérito, que, a falta de requerimiento fiscal, no se abocaron a establecer si había sido cometida una contravención, entendieron, en cambio, que, tal como lo había solicitado la fiscal, resultaba pertinente remitir las actuaciones a la Unidad de Faltas con el objeto de que se investigase la posible comisión de una falta. Es ésta una resolución razonable, habida cuenta de que el art. 12 de la ley 1217 prevé la posibilidad de que el imputado elija eludir el procedimiento de faltas por medio del pago voluntario y la ley 12 no contiene una previsión para operar igual derecho en sede judicial, a menos que el pronunciamiento consistiera en una absolución cuyo mérito conllevase igual criterio respecto de la posible falta. Esa decisión unida a la forma en que fue adoptada priva de relación directa la garantía del *non bis in idem* con lo resuelto en autos. En primer lugar, porque, a diferencia de lo que sostiene la defensa, el imputado nunca estuvo sometido al proceso que regula la ley 12. La presentación que efectuó el Ministerio Público Fiscal ante dicho fuero, únicamente, tuvo como el objeto obtener un pronunciamiento con relación a la medida precautoria adoptada y, a su vez, la decisión vertida por los jueces de mérito acerca de la contravención no fue fruto de un debate sino de la falta de una imputación por parte del Ministerio Publico Fiscal con relación a dicha conducta. En tales condiciones, el proceso al que se lo recondujo, —el que tiene por fin dilucidar la existencia o no de una "falta", en particular, la prevista en la sección 3º, Capítulo I, art. 3.1.1, de la ley 451— es el primer proceso al que va a estar sometido el imputado. En segundo término, porque los motivos señalados impiden adentrase al análisis de un posible incrementó del riesgo en el proceso al que estaba sometido, puesto que, por lo expuesto *supra,* no podríamos hablar de la existencia de proceso en el *sub examine.*

Lo dicho lleva, asimismo, a desechar la aplicación al caso de la doctrina sentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) en la causa "Loayza Tamayo vs. Perú" (sent. del 17/9/1997), también invocado por el Defensor General en la queja para respaldar el agravio relativo a la vulneración de la garantía del *non bis in idem*. No obstante que la recurrente sostiene que "[e]n el caso citado [*sic, rectius*: resuelto] por la CIDH, la decisión asumida por la Cámara vulnera el art. 8.4 de la CADH" (fs. 25), las condiciones relevantes consideradas por la CIDH en dicha oportunidad para arribar a la conclusión de que el Estado de

Perú había vulnerado el mencionado artículo de la CADH no presentan analogía con la situación acaecida en autos. La CIDH, en el citado precedente, juzgó vulnerada esa garantía sobre la base de que la señora María Elena Loayza Tamayo había sido sometida a un proceso en el fuero militar por el delito de traición a la patria del que resultó absuelta y, con posterioridad, por los mismos hechos, juzgada y condenada en la jurisdicción ordinaria por el delito de terrorismo. En este orden de ideas, la CIDH señaló que "en el presente caso la señora María Elena Loayza Tamayo fue absuelta por el delito de traición a la patria por el fuero militar, no sólo en razón del sentido técnico de la palabra 'absolución', sino también porque el fuero militar, en lugar de declararse incompetente, conoció de los hechos, circunstancias y elementos probatorios del comportamiento atribuido, los valoró y resolvió *absolverla*" (la negrita me pertenece); situación que difiere, como ya señalé, de la ocurrida en autos. Es preciso reiterar que en estos actuados el primer proceso al que se vería sometido el señor Gutiérrez sería aquel que tenga lugar en la Unidad Administrativa de Faltas, sin que haya recaído una decisión acerca de los hechos imputados. Consecuentemente, tampoco a la luz de la interpretación realizada por la CIDH en relación a la garantía involucrada es posible conmover la solución propiciada en los párrafos precedentes.

2.3. Por último, cabe señalar que, el instituto de la cosa juzgada impide que se genere una nueva discusión acerca de cuestiones sobre las que recayó una decisión judicial firme del fuero competente para adoptarla o, lo que es lo mismo, esas cuestiones deberán ser tenidas por ciertas por aquellos órganos que deban expedirse sobre la base de ellas para resolver. Trasladada dicha regla a supuestos en que la Unidad de Faltas recibe las actuaciones luego de que transitaron por el procedimiento que regula la ley 12 —porque resultan coincidentes los hechos imputados tanto para la concreción de una figura contravencional como la de una falta—, el Controlador Administrativo de Faltas, no podrá apartarse, durante la investigación, de los hechos acerca de las cuales se expidieron los jueces. Esto es así, porque, aunque lo atinente a la existencia y alcance de la cosa juzgada es materia reglada por leyes procesales, en los procesos de naturaleza penal esas normas adjetivas se encuentran condicionadas por el mandato de satisfacer las garantías constitucionales del *non bis in idem* y la de ser juzgado en un plazo razonable. No cabe extenderse acerca del asunto, puesto que no formó parte de los agravios de la defensa un planteo con tal alcance.

3. Igual suerte debe seguir el planteo relativo a la supuesta violación del derecho a tener un juicio razonablemente rápido, por un lado, porque los argumentos que desarrolla la defensa para sustentarlo carecen de relación directa con esa garantía, en tanto no tienen por fin acreditar que los jueces de la causa hayan extendido el proceso contravencional más de lo razonable y; por el otro, porque a diferencia de lo que sostiene la defensa, esto es, que se le haya "...preten[dido] mante[ner] abierto un proceso contravencional..." (fs. 13) al señor Gutiérrez, la Cámara resolvió remitir la actuaciones a la Unidad Administrativa de Control de Faltas y el recurrente

no muestra que el proceso de las actuaciones haya estado sometido a dilaciones injustificadas ni, menos aún, que el reenvío de las actuaciones a faltas importara retrotraer el proceso a etapas anteriores; situación que priva a esas aseveraciones de relación directa con lo resuelto en la causa.

4. Por la razones apuntadas en mi voto en la causa "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad en: 'Ronchetti, Leonardo s/art. 47, CC —apelación— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado'", expte. nº 3996/05, resolución del 14/9/2005, voto por declarar no exigible el depósito previsto en el art. 34 de la ley 402.

Por ello, y lo concordantemente dictaminado por el Fiscal General Adjunto, voto por rechazar la queja deducida a fs. 19/29 vta.

El juez José O. Casás dijo:

1. En primer lugar, en cuanto a la denuncia de "falta de legitimación" que, en torno a la actuación del Ministerio Público de la Defensa en estas actuaciones, efectúa el señor Fiscal General Adjunto en su dictamen de fs. 40/42, cabe puntualizar lo que sigue.

Asiste razón al representante del Ministerio Público Fiscal en cuanto a que —según lo disponen las normas específicas que en la materia determinan la forma en que el defensor oficial puede asumir la representación de un imputado— la intervención de los representantes del Ministerio Público de la Defensa no es promiscua ni indiferente a la voluntad del sujeto sometido a proceso contravencional (arts. 1º, 3º, 37, ley 12).

Sin embargo, lo cierto es que, en el caso, más allá de la anomalía en torno a la interpretación que de las normas aplicables al caso realizó la jueza de la causa al disponer la intervención de la Defensoría Oficial en el punto III de la decisión que en copia obra a fs. 2/4, la participación de un defensor oficial en el control de medidas como las allí dispuestas no pone en juego garantía constitucional alguna.

Así las cosas, y ante la incertidumbre en la que este Estrado se encuentra en torno a la situación del imputado en la causa —pues al menos en base a las constancias del expediente con las que este Tribunal cuenta para resolver la cuestión planteada, no puede afirmarse que no se encuentre a derecho ni lo contrario—, negar, sin más, al señor Defensor General la posibilidad de recurrir en queja ante este Tribunal podría en todo caso poner en juego la defensa en juicio de los intereses del imputado.

Lo expuesto me impide, en este caso, atender el planteo de "falta de legitimación" efectuado por el señor Fiscal General Adjunto y expedirme sobre el punto en forma expresa. Más aún, a tenor de la solución a la que arribo en el punto siguiente de mi voto.

2. Sin perjuicio de lo hasta aquí expresado, la queja interpuesta a fs. 19/29 debe ser rechazada pues el recurso de inconstitucionalidad que viene a defender

no fue interpuesto contra una sentencia definitiva u otra decisión que pueda serle equiparada (art. 27, ley 402).

Al respecto, este Tribunal ha sostenido en reiteradas ocasiones que la decisión que dispone la remisión de las actuaciones a la Unidad Administrativa de Control de Faltas sólo implica ordenar el proceso y no ponerle fin. Tampoco se ha demostrado en el caso que aquella decisión, adoptada cuando el proceso se encuentra recién iniciado, configure un agravio de imposible o ineficaz reparación posterior (conf. "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional Nº 7— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Cruz Martínez, Eugenia s/art. 41, CC'", expte. nº 2571, resolución del 5/11/2003; "Pantigioso Flores, Armando s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Pantigioso Flores, Armando s/art. 41, CC", expte. nº 2119; "Gómez Arismendi, Lina s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Gómez Arismendi, Lina s/art. 41, CC'", expte. nº 2120; "Meza, Matías s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Meza, Matías s/art. 41, CC'", expte. nº 2129 y "Massa, Orlando s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Massa, Orlando s/art. 41, CC", expte. nº 2130, todas resoluciones del 9/4/2003). Nada en el caso indica que la situación sea distinta a la de los precedentes citados.

Cabe agregar que, además, las argumentaciones que la queja incluye en torno a la supuesta vulneración en el caso de la prohibición del *bis in idem* son el producto de una reflexión tardía, dado que fueron introducidas por primera vez en la queja en estudio, con lo que la cuestión que se pretende traer ahora a conocimiento de este Tribunal no fue planteada ante los jueces de mérito, quienes, en consecuencia, no la consideraron.

3. Por las razones expuestas en los puntos precedentes, corresponde rechazar la queja interpuesta a fs. 19/29.

Así lo voto.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. El recurso de queja interpuesto por el defensor, aunque fue presentado por escrito, ante el Tribunal y dentro del plazo que marca la ley, debe ser rechazado.

Independientemente de las razones que sostiene el fiscal ante el Tribunal respecto a la falta de legitimación de la defensa pública y a la incorporación tardía de ciertos motivos de agravio, la simple verificación de que el recurso de inconstitucionalidad fue articulado contra una sentencia que no es la definitiva (art. 27, ley 402) basta para fundar el rechazo de la queja (conf. "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional Nº 7— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Cruz Martínez, Eugenia s/art. 41, CC'", expte. nº 2571, sent. del 5/11/2003 y sus citas).

Por otra parte, advierto que gran parte del trámite de este legajo podría haberse evitado con una simple denuncia del hecho —formulada por la misma fiscalía— ante la autoridad competente en materia de faltas (art. 2º, ley 1217).

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

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de queja fue interpuesto ante este tribunal dentro del plazo que fija el art. 33, ley 402, y contiene una descripción de los hechos principales de la causa, sin embargo no puede prosperar.

2. Las decisiones referidas a medidas o provisiones adoptadas durante la tramitación del proceso no constituyen, en principio, sentencia definitiva en el sentido del art. 27 de la ley 402 (conf. "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Enríquez, Rafaela s/infracción art. 68, CC nulidad —apelación'", expte. nº 3358/04, resolución del 23/2/2005 y sus múltiples citas). Por ese motivo, la defensa debía desarrollar en su escrito de queja argumentos sólidos que lograran demostrar que este caso constituye una excepción a la regla.

3. Dado que ya me he manifestado a favor de la exención del pago del depósito cuando el recurso procede de la defensa oficial, a tal respecto remito a mi opinión en "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Feng Chen Chih s/art. 40, CC —apelación'", expte. nº 2212, resol. del 11/6/2003; "Ministerio Público —Defensoría Oficial Nº 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Caro, Maximiliano Daniel s/arts. 61 y 63, CC, apelación'", expte. nº 2197, resol. del 10/9/2003; "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional Nº 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Echagüe, Damián s/violar luz roja y otra'", expte. nº 2279, resol. del 30/9/2003; y "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 8— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Prescava, David Daniel s/art. 186 bis C.P.'".

4. Voto en consecuencia por el rechazo de la queja.

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja agregado a fs. 19/29.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita esta queja a la Sala I de la Cámara CyF.

La jueza Ana María Conde no suscribe esta resolución por estar en uso de licencia.

Fdo.: *José O. Casás, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier.*

En similar sentido se resolvió en las causas 5687/07 "Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Agüero, Manuel Oscar s/inf. art. 83, usar indebidamente el espacio público c/fines lucrativos (no autorizados)'", también del 11/6/2008.

CXXII

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA GENERAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'ROSALES, LUIS ALBERTO S/INF. ART. 84, CC'"

RECURSO DE QUEJA: Sentencia definitiva. DEFENSOR OFICIAL: Legitimación procesal. Exención de depósito. Principio de *ne bis in idem.* Cosa juzgada.

SUMARIOS:

1. La intervención de los integrantes del Ministerio Público no es promiscua ni indiferente a la voluntad del sujeto sometido a proceso contravencional, pero cuando media incertidumbre en torno a la situación del imputado en la causa, negar sin más, al Defensor General la posibilidad de recurrir en queja ante este Tribunal, podría poner en juego el derecho de defensa en juicio (arts. 1º, 3º y 37 de la ley 12). *(Voto del señor juez José O. Casás).*

2. La queja debe ser rechazada pues el recurso de inconstitucionalidad que viene a defender no fue interpuesto contra una sentencia definitiva u otra decisión equiparable a tal. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

3. La decisión que dispone la remisión de las actuaciones a la Unidad Administrativa de Control de Faltas no es una sentencia definitiva ni una decisión que pueda serle equiparada, ya que sólo implica ordenar el proceso y no ponerle fin (art. 27, ley 402) *(Voto del señor juez José O. Casás).*

4. La pretensión de traer a conocimiento de este Tribunal argumentos en torno a la supuesta vulneración de la prohibición del *non bis in idem* deben ser desestimados porque son el producto de una reflexión tardía, si han sido introducidos por primera vez en la queja y no fueron planteados ante los jueces de mérito, quienes, en consecuencia no los consideraron. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

5. Al no haberse presentado el interesado, el Ministerio Público de la Defensa no se encuentra habilitado para recurrir —autónomamente— la decisión impugnada,

toda vez que carece de la capacidad legal para hacerlo, de acuerdo con las normas específicas que establecen con absoluta claridad el momento a partir del cual los jueces, o eventualmente los fiscales, pueden y deben dar inmediata intervención al defensor público, ocasión que por regla, debe coincidir con la primera presentación, espontánea o no, de quien ha sido imputado de una contravención, momento en el cual el sujeto puede hacerse defender por abogado/a inscripto en la matrícula, o, si no lo hiciere, entonces sí, por el defensor o defensora que por turno corresponda (art. 3º de la ley 12*). (Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

6. No es tarea del Ministerio Público de la Defensa suplir la inactividad o desidia del presunto contraventor ni prescindir del interés o voluntad de una parte que se resiste a ser considerada tal, toda vez que el hecho de que en la Ciudad se intente asegurar un adecuado ejercicio del derecho de defensa en juicio de todo contraventor, garantizándole una efectiva asistencia jurídica (art. 42.3 de la ley 1903), no puede ser entendido de una manera puramente simbólica, sino que necesariamente debe tener lugar un real "asesoramiento técnico" del contraventor, quien como primer paso, debe presentarse al proceso. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

7. No cabe equiparar a sentencia definitiva la resolución que determinó remitir un sumario a la Unidad Administrativa de Control de Faltas, pues sólo implica ordenar el proceso y no ponerle fin. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

8. No existe interés jurídico en el Ministerio Público Fiscal para cuestionar la legitimación procesal de la defensa oficial para recurrir en queja, si la decisión judicial que designó defensor, ante la omisión del imputado de designar asistencia letrada de confianza, no fue objetada por el fiscal interviniente al deducir el recurso de apelación. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

9. El recurso de inconstitucionalidad se interpone contra sentencia definitiva, regla a la que sólo cabe hacer excepción cuando se encuentren conculcados derechos constitucionalmente consagrados, sólo susceptibles de tutela inmediata, como lo es la garantía del *non bis in idem,* que consiste precisamente en evitar la continuación del proceso. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

10. El recurso de inconstitucionalidad se interpone contra sentencia definitiva a excepción de que se encuentren conculcados derechos constitucionalmente consagrados, sólo susceptibles de tutela inmediata, como lo es la garantía del *non bis in idem,* que consiste precisamente en evitar la continuación del proceso. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

11. Los actos emitidos por los Controladores tienen por objeto, naturaleza jurisdiccional y, una vez firmes, gozan de la estabilidad propia de la cosa juzgada judicial, por lo que no pueden ser revisados ni modificados. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

12. El juez contravencional que resuelve acerca de la existencia de una falta en ocasión de estar convocado a hacerlo respecto de una contravención, no puede evitar sentar conclusión en calidad de cosa juzgada acerca de la falta, y esa decisión no podría ser revisada por el controlador ni, una vez firme, por otro juez*. (Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

13. Cuando la Unidad de Faltas recibe actuaciones que transitaron por el procedimiento que regula la ley 12, por resultar coincidentes los hechos imputados

tanto para la concreción de una figura contravencional como la de una falta, el Controlador no puede apartarse durante la investigación, de los hechos acerca de los cuales se expidieron los jueces, porque aunque lo atinente a la existencia y alcance de la cosa juzgada es materia reglada por leyes procesales, en los procesos de naturaleza penal esas normas objetivas se encuentran condicionadas por el mandato de satisfacer las garantías constitucionales del *non bis in idem* y la de ser juzgado en un plazo razonable. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

14. Basta para rechazar el recurso de queja la simple verificación de que el recurso de inconstitucionalidad no fue articulado contra una sentencia definitiva (art. 27, ley 402). *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

15. No corresponde intimar a la defensa oficial para que acredite el pago del depósito previsto como requisito de admisibilidad de un recurso de queja. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier. En sentido concordante ver voto de los señores jueces Luis F. Lozano y Alicia E. C. Ruiz).*

16. Las decisiones referidas a medidas o provisiones adoptadas durante la tramitación del proceso no constituyen, en principio, sentencia definitiva en el sentido del art. 27 de la ley 402, y toda excepción a esa regla debe estar fundada en argumentos sólidos, que no se advierten en la queja. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 5771/08 - 18/6/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Defensor General interpuso recurso de queja (fs. 20/29) contra la decisión de la Cámara CyF que denegó el recurso de inconstitucionalidad, deducido, a su vez, contra la resolución de la Sala I (fs. 12) que rechazó el recurso de apelación (fs. 4/8) que la defensa había presentado contra la decisión de primera instancia, cuya copia obra a fs. 2. A través de la resolución mencionada, el juez decidió convalidar el secuestro autorizado por la fiscalía, la cual —a su vez— había concluido que los hechos que dieron lugar a estas actuaciones no constituían contravención, pero sí podían configurar una infracción al régimen de faltas (fs. 1), por lo que debían ser remitidas a la Unidad Administrativa de Control de Faltas.

2. La defensa, en su recurso de inconstitucionalidad, sostuvo que la resolución atacada (que tildó de arbitraria, por carecer de fundamentación adecuada) resultaba equiparable a una sentencia definitiva. En la misma línea argumental, indicó que a través de dicha decisión se violó la garantía del debido proceso legal y su derecho a obtener un pronunciamiento que ponga fin al proceso porque, si tanto la fiscal como el juez de primera instancia concluyeron que "desapareció toda sospecha de responsabilidad [contravencional] por parte de [su] asistido (...), la única solución posible es el archivo de las actuaciones" (fs. 15). Apuntó, al respecto, que no se

podía avanzar por sobre el límite que fija la ley (art. 39, ley 12) cuando dispone que la fiscalía debe archivar las actuaciones si el hecho no constituye una contravención; de otro modo, remarcó, la decisión de seguir adelante con la investigación del hecho resulta violatoria de las garantías de debido proceso y plazo razonable (fs. 13/16).

3. El recurso de inconstitucionalidad fue declarado inadmisible por la Sala I por entender que la decisión cuestionada no resultaba una sentencia definitiva —o una resolución equiparable a tal—, ni se planteaba un caso constitucional (fs. 18/19).

4. El Fiscal General Adjunto entendió que correspondía rechazar esta queja, por un lado, porque la defensa oficial carecía de legitimación, toda vez que el imputado no ejerció el derecho personalísimo de designar asistencia letrada de su confianza; por el otro, porque el recurso de inconstitucionalidad denegado no había sido interpuesto contra una resolución "equiparable a definitiva"; y, por último, porque no había sido planteado un caso constitucional. A su vez, agregó que los agravios vinculados al supuesto efecto gravoso que supone la remisión a sede administrativa y a la alegada afectación al principio acusatorio resultan fruto de una reflexión tardía del defensor, aspecto que impone su rechazo, y descartó que la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad constituya un caso de arbitrariedad (fs. 34/37).

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. En primer lugar, en cuanto a la denuncia de "falta de legitimación" que, en torno a la actuación del Ministerio Público de la Defensa en estas actuaciones, efectúa el señor Fiscal General Adjunto en su dictamen de fs. 34/37, cabe puntualizar lo que sigue.

Asiste razón al representante del Ministerio Público Fiscal en cuanto a que —según lo disponen las normas específicas que en la materia determinan la forma en que el defensor oficial puede asumir la representación de un imputado— la intervención de los representantes del Ministerio Público de la Defensa no es promiscua ni indiferente a la voluntad del sujeto sometido a proceso contravencional (arts. 1º, 3º, 37, ley 12).

Sin embargo, lo cierto es que, en el caso, más allá de la anomalía correctamente señalada por el señor Fiscal General Adjunto en torno a la interpretación que de las normas aplicables al caso realizó el juez de la causa al disponer la intervención de la Defensoría Oficial a fs. 2 vta., la participación de un defensor oficial en el control de medidas como las que dieran origen a la impugnación en estudio no pone en juego garantía constitucional alguna.

Así las cosas, y ante la incertidumbre en la que este Estrado se encuentra en torno a la situación del imputado en la causa —pues al menos en base a las cons-

tancias del expediente con las que este Tribunal cuenta para resolver la cuestión planteada, no puede afirmarse que no se encuentre a derecho ni lo contrario—, negar, sin más, al señor Defensor General la posibilidad de recurrir en queja ante este Tribunal podría en todo caso poner en juego la defensa en juicio de los intereses del imputado.

Lo expuesto me impide, en este caso, atender el planteo de "falta de legitimación" efectuado por el señor Fiscal General Adjunto y expedirme sobre el punto en forma expresa. Más aún, a tenor de la solución a la que arribo en el punto siguiente de mi voto.

2. Sin perjuicio de lo hasta aquí expresado, la queja interpuesta a fs. 20/29 debe ser rechazada pues el recurso de inconstitucionalidad que viene a defender no fue interpuesto contra una sentencia definitiva u otra decisión que pueda serle equiparada (art. 27, ley 402).

En primer lugar, porque la decisión de la Cámara que rechazó *in limine* el recurso de apelación interpuesto por la defensa remite a una cuestión de orden procesal que, por regla, no es susceptible de habilitar la intervención de este Tribunal. En lo demás, este Tribunal ha sostenido en reiteradas ocasiones que la decisión que dispone la remisión de las actuaciones a la Unidad Administrativa de Control de Faltas sólo implica ordenar el proceso y no ponerle fin. Tampoco se ha demostrado en el caso que aquella decisión, adoptada cuando el proceso se encuentra recién iniciado, configure un agravio no "susceptible de una subsanación ulterior adecuada o suficiente" como lo sostiene el señor Defensor General a fs. 22 (conf. "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional Nº 7— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Cruz Martínez, Eugenia s/art. 41, CC'", expte. nº 2571, resolución del 5/11/2003; "Pantigioso Flores, Armando s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Pantigioso Flores, Armando s/art. 41, CC", expte. nº 2119; "Gómez Arismendi, Lina s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Gómez Arismendi, Lina s/art. 41, CC'", expte. nº 2120; "Meza, Matías s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Meza, Matías s/art. 41, CC'", expte. nº 2129 y "Massa, Orlando s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Massa, Orlando s/art. 41, CC'", expte. nº 2130, todas resoluciones del 9/4/2003). Nada en el caso indica que la situación sea distinta a la de los precedentes citados.

Cabe agregar que, asimismo, las argumentaciones que la queja incluye en torno a la supuesta vulneración en el caso de la prohibición del *bis in idem* y a las alegadas consecuencias más gravosas del sistema de faltas (leyes 541 y 1217) son el producto de una reflexión tardía, dado que fueron introducidas por primera vez en la queja en estudio, con lo que la cuestión que se pretende traer ahora a conocimiento de este Tribunal no fue planteada ante los jueces de mérito, quienes, en consecuencia, no la consideraron.

3. Por las razones expuestas en los puntos precedentes, corresponde rechazar la queja interpuesta a fs. 20/29.

Así lo voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. La queja, aunque deducida en tiempo y forma, no puede prosperar.

A todo evento, y en atención a las objeciones formuladas por el Fiscal General Adjunto, resulta inevitable efectuar algunas precisiones en torno a la legitimación procesal del Ministerio Público de la Defensa para intervenir en este proceso, o, más precisamente, para habilitar el conocimiento de nuestro Tribunal. Es sencillo, con independencia de la dudosa relación que vincula a la defensa pública con el imputado o de la presunta representación que —se dice— ejerce una sobre otro, lo cierto es que aquella intervención, correcta o incorrectamente, no ha sido una cuestión relevante para los jueces de mérito que, por lo contrario, optaron por darle tal participación de oficio. El hecho de que no se haya tratado de un punto controvertido en las instancias de mérito naturalmente explica que la defensa no tuviera muchas razones para abogar por su legitimación en esta presentación. Sin embargo, a mi criterio, más allá del trato conferido en las instancias ordinarias, la defensa debió fundamentar concretamente en qué normas encuentra su aptitud para recurrir la decisión, de manera autónoma, ante este estrado.

El Tribunal tiene dicho que, en la ponderación del acierto o desacierto del juicio preliminar de admisibilidad formulado por la Cámara, tiene el deber de revisar el cumplimiento de los requisitos objetivos y subjetivos que tornan viable la vía extraordinaria ("Benegas, Miguel M. s/recurso de queja", expte. nº 38/99, sent. del 11/8/1999), deber que cobra mayor importancia frente a las fundadas denuncias del representante del Ministerio Público Fiscal, por cierto, habilitado para formularlas en virtud de las funciones que le incumben en estos trámites (art. 29.1 de la ley 1903). En tal sentido, debo concluir que el Ministerio Público de la Defensa, ciertamente, al no haberse presentado el interesado (tal como, de hecho, lo reconoce la Defensora Oficial de Primera Instancia en su recurso de apelación, fs. 4 vta., párr. 3º), no se encuentra habilitado para recurrir —autónomamente— la decisión impugnada, toda vez que carece de la capacidad legal para hacerlo. Esta conclusión se encuentra respaldada con absoluta claridad por las normas específicas que establecen el momento a partir del cual los jueces, o eventualmente los fiscales, pueden y deben "dar inmediata intervención al defensor [público]", momento que, por regla, debe coincidir con la primera presentación, espontánea o no, de quien ha sido imputado de una contravención, momento en el cual el sujeto "puede hacerse defender por abogado/a inscripto en la matrícula", o, si no lo hiciere, entonces sí, por el "defensor o defensora que por turno corresponda" (todas las citas se desprenden del art. 3º de la ley 12). Constituye un presupuesto necesario para la continuidad del proceso contravencional y "para ejercer los derechos que es[e] código le acuerda" (art. 1º de la ley 12), entonces, que el presunto contraventor se ajuste a derecho y comparezca ante la autoridad judicial competente "dentro de los cinco días hábiles", tal como, dicho sea de paso, debe intimarlo el organismo de prevención "bajo apercibimiento de ser conducido por la fuerza pública", o, mejor aun, al notificarlo "de su derecho a ser acompañado por defensor [...] de confianza y que, [en el supuesto] de no hacerlo [esto es, de no presentarse junto a un letrado], ser[ía] asistido por el defensor [...]

de oficio" (art. 37 de la ley 12). En muy pocas palabras, si un contraventor nunca se presenta para hacer valer los derechos que le asisten ninguna defensa es posible, por lo menos, ante esta instancia extraordinaria. Ello es así por cuanto, como lo he dicho en otras oportunidades, "debe ser el contraventor quien efectúe los planteos extraordinarios que contribuyan a la tutela de sus derechos y [un defensor oficial que nunca lo ha oído no puede] sustituirlo en esa formulación, en tanto una cosa es un planteo [intentado, en apariencia y según lo expresa el recurrente,] a su favor y otra muy distinta es un recurso deducido por el interesado [o por el representante de confianza u oficial que éste o la ley designe], quien, naturalmente, en virtud de la escasa trascendencia del litigio, podría tener razones [holgadamente] comprensibles para abstenerse de someter su caso al conocimiento de esta instancia [local] de excepción" (de acuerdo con, *mutatis mutandi,* mi voto en autos "Ministerio Público —Fiscal de Cámara CyF— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Sánchez, Mariano Rodrigo s/inf. art. 189 bis, párr. 3º, C.P.'", expte. nº 4666/06, sent. del 13/9/2006).

Lo anteriormente expuesto tampoco se opone a las normas generales plasmadas en la ley reglamentaria de la actuación del Ministerio Público (ley 1903) en cuanto atribuye a los "Defensores de Primera Instancia" el deber de "ejercer la defensa y representación en juicio de quienes se encontraren ausentes en ocasión de requerirse la defensa de sus derechos" (art. 42.1 de la ley citada), o incluso de aquella otra —más genérica— que dispone que le compete a todos los estratos del Ministerio Público el "[e]jercer la defensa de la persona y los derechos de los justiciables toda vez que sea requerida en las causas contravencionales, penales o de otros fueros, cuando aquellos fueren pobres o estuvieren ausentes" (art. 17.10, ibídem), por cuanto ambas reglas, por su "generalidad", en lo que hoy nos importa resultan desplazadas por aplicación del principio de "especialidad" o, en todo caso, tal intervención debiera ajustarse a "los demás supuestos previstos en la ley procesal" (art. 44, ibídem), para lo cual, en mi concepto, debiera respetarse la elección voluntaria del interesado, expresa o tácita, sobre el tipo de asistencia técnica que podría demandar un proceso que lo tiene por parte (de acuerdo al citado art. 3º de la ley 12 supletoriamente aplicable en virtud del art. 2º de la ley 402).

En definitiva, la posibilidad de que la Defensa Oficial se arrogue por sí la facultad de recurrir una resolución ante nuestro Tribunal, en procura de un interés personal que no posee o en resguardo del interés de un contraventor que no representa y cuya voluntad desconoce, está, a mi criterio, totalmente excluida. Ello así, porque si bien existen determinadas actuaciones judiciales en las cuales resulta conveniente reconocer —con generosidad y amplitud— legitimación para realizar planteos constitucionales y deducir impugnaciones a favor de una persona que no está en condiciones de hacerlo directamente, o por medio de sus representantes legales o convencionales (por ejemplo, el hábeas corpus), tengo la absoluta convicción y seguridad de que un proceso contravencional como el presente, en el cual un presunto contraventor no se ajusta a derecho, no es una de ellas. No es tarea del Ministerio Público de la Defensa suplir la inactividad o desidia del presunto contraventor ni

prescindir del interés o voluntad de una parte que se resiste a ser considerada tal, toda vez que, de acuerdo a mi opinión acerca de este asunto, el hecho de que en la Ciudad se intente asegurar un adecuado ejercicio del derecho de defensa en juicio de todo contraventor, garantizándole una efectiva asistencia jurídica (art. 42.3 de la ley 1903), no puede ser entendido de una manera puramente simbólica, sino que necesariamente debe tener lugar un real "asesoramiento técnico" del contraventor, para lo cual, primero, debe presentarse al proceso. En las condiciones descriptas el tratamiento de las cuestiones propuestas en el recurso de hecho que aquí se analiza se encontraría formalmente vedado, por cuanto el déficit señalado conduciría inexorablemente a su rechazo.

2. Sin perjuicio de lo expresado acerca de la ausencia de legitimación procesal del Ministerio Público de la Defensa para excitar autónomamente la jurisdicción de este Tribunal, no es ese el argumento que provoca el rechazo de esta queja, o no lo es íntegramente, sino que, tal como lo sostuvieron los integrantes del tribunal de Alzada y lo dictaminó el Fiscal General Adjunto, el recurso de inconstitucionalidad que aquí se defiende no se dirigió contra una sentencia definitiva, ni resolución equiparable a ella (art. 27 de la ley 402).

El Tribunal también ha dicho que la decisión objetada no sólo no pone fin al proceso, sino que tampoco ocasiona a quien la cuestiona un gravamen de imposible o insuficiente reparación ulterior. En este sentido, tal resolución de ningún modo puede ser equiparada a una sentencia definitiva, por cuanto la determinación de remitir un sumario a la "Unidad Administrativa de Control de Faltas", resuelta, por cierto, a escasos días de que tuviera lugar el hecho, sólo implica ordenar el proceso y no ponerle fin (conf. voto conjunto "Pantigioso Flores, Armando s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Pantigioso Flores, Armando s/art. 41, CC'", expte. nº 2119/03, sent. del 9/4/2003). Eventualmente, si existiera, o se suscitara, algún cuestionamiento jurídico o constitucional en sede administrativa, éste podría tramitar por ante el fuero Contravencional y de Faltas si aquella fuera, en rigor, la voluntad del administrado (art. 24 de la ley 1217).

3. En consecuencia, voto por *rechazar* la queja interpuesta.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. La queja debe ser rechazada, porque el recurso de inconstitucionalidad no ha sido deducido contra una sentencia definitiva o equiparable a tal (conf. art. 27 de la ley 402).

1.1. Conforme surge del art. 27 de la ley 402 el recurso de inconstitucionalidad "...se interpone contra *las sentencias definitivas* del tribunal superior de la causa..." (sin resaltar en el original), regla a la que sólo cabe hacer excepción cuando la aplicación literal de dicho artículo frustra el ejercicio útil de la competencia que a este Tribunal le viene encomendada a través del art. 113, inc. 3º de la CCBA, es decir, conocer "…en todos los casos que versen sobre la aplicación de normas contenidas en al Constitución Nacional o en esta Constitución" (conf. mi voto *in re* "Ministerio

Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Díaz, David Domingo s/inf. art. 189 bis, C.P. —apelación'", expte. nº (4979), sent. del 23/5/2007).

En primer lugar, la sentencia definitiva es aquella que se pronuncia acerca de las pretensiones articuladas por las partes poniendo fin al pleito o tornando imposible su consecución. En tales condiciones, el recurso de inconstitucionalidad que la queja pretende defender ha sido interpuesto tardíamente pues la resolución que era susceptible de constituir sentencia definitiva o equiparable era la de primera instancia, y la interposición de recursos improcedentes no suspenden los plazos para interponer otros recursos. En efecto, la resolución de la Sala I de la Cámara CyF que rechazó *in limine* la apelación deducida por la defensa no es aquella a la que se refiere el mencionado art. 27 de la ley 402 para habilitar la competencia de este Tribunal. Si bien el recurrente plantea sus agravios respecto de la resolución de Cámara que rechazó la apelación contra la de primera instancia, en cuanto decidió mantener la medida cautelar adoptada y remitir las actuaciones a la fiscalía que intervino, el recurso no se halla dirigido a ella sino en apariencia, pues por su intermedio, el Defensor Oficial, pretende revertir la de primera instancia, contra la cual —conforme la interpretación que de la normativa procesal aplicable al *sub examine* efectúa la Cámara, y cuya constitucionalidad no cuestiona la recurrente— no procedía recurso frente a la Alzada.

1.2. Aun cuando cupiere admitir que la resolución del *a quo* se traduce en un mecanismo arbitrario para frustrar el acceso a esta instancia, tampoco desde esta óptica el recurso sería procedente, pues el recurrente no demuestra que en la sentencia de fondo, esto es, la de primera instancia, se encuentren involucrados derechos o garantías cuyo resguardo suscite la competencia de este Tribunal.

Como lo he sostenido con anterioridad, y en lo que ahora importa, dicho supuesto de excepción tiene lugar cuando se encuentran conculcados derechos consagrados en las fuentes indicadas más arriba sólo susceptibles de tutela inmediata, como lo es, entre otros, la garantía del *non bis in idem* porque dicha garantía consiste precisamente en evitar la continuación del proceso (conf. mi voto *in re* "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'", expte. nº 3739, resolución del 9/3/2005); situación esta última que, aunque invocada por la defensa, no se encuentra acreditada en autos. En primer lugar, porque los argumentos que el señor Defensor Oficial formula bajo el título violación de la garantía del *non bis in idem* son fruto de una reflexión tardía, atento que fueron desarrollados por vez primera en la queja. En segundo término, porque aun cuando cupiere tener a dicho agravio por formulado en término, lo cierto es que la defensa no muestra que se haya dado alguno de los supuestos que darían lugar a la violación de esa garantía, es decir, que se haya perseguido al imputado dos veces por el mismo hecho, o que el riesgo de ser condenado al que fue sometido, haya sido uno que excede el definido por el legislador (conf. mi voto *in re* "Montero Montero", ya citado).

Al señor Rosales se le labró un acta por la presunta comisión de la contravención prevista en el art. 84 del CC, y le secuestraron 3 caballitos de goma, 12 sillas plásticas pequeñas de colores y 1 silla plegable pequeña. Aunque la fiscal entendió que la conducta imputada podía constituir, en lugar de una contravención, una violación al régimen de faltas, decidió remitir la causa, con carácter previo, a la justicia contravencional y de faltas para que se expidiese con relación a si la forma en que fue llevado el secuestro resultaba adecuado a la luz de las previsiones del art. 21 de la LPC. El juez de primera instancia resolvió tomar intervención de conformidad con lo dispuesto en el art. 21 de la ley 12 y convalidó la medida cautelar dispuesta, principalmente, porque, a su juicio, los efectos secuestrados constituirían prueba necesaria para la investigación en sede administrativa (notificó al defensor oficial que en turno correspondiese la resolución adoptada). Asimismo, y en lo que ahora importa, remitió las actuaciones a la fiscalía que intervino. La decisión fue apelada por la defensa oficial —en lo que ahora importa— porque, a criterio de la defensa, el juez no estaba facultado para ordenar la remisión del expediente a la fiscalía, sino tan sólo para continuar la investigación u ordenar el archivo de las actuaciones (señaló que del juego del los arts. 21 y 39 de la ley 12 surge la obligación del juez de ordenar el archivo de las actuaciones cuando "...'el hecho no constituye contravención o no se puede probar su existencia', tal como sucede en el caso en estudio..." (fs. 7 vta.). A su turno, la Cámara rechazó *in limine* dicho recurso sobre la base de lo dispuesto en los arts. 275, 279 y 283 del CPP de la CABA.

1.3. A fin de establecer si la decisión del juez de primera instancia de remitir las actuaciones al Ministerio Fiscal resulta violatoria de la garantía del *non bis in idem,* conviene comenzar por analizar la ley.

Los mismos jueces han sido investidos tanto de la competencia para resolver en materia de contravenciones como para juzgar, en los términos del art. 24 de la ley 1217, las faltas previstas en la ley 451. Sin perjuicio de que no sea ésta la oportunidad para profundizar en la actividad que desarrollan los Controladores y, en particular, en la relación que existe con la que les corresponde ejercer a los jueces contravencionales y de faltas con arreglo al art. 24 y concs. de la ley 1217, lo cierto es que los actos emitidos por los Controladores tienen, por su objeto, naturaleza jurisdiccional y, consecuentemente, una vez firmes, gozan de la estabilidad propia de la cosa juzgada judicial, por lo que no pueden ser ni revisados ni modificados. Por lo mismo, el juzgamiento que la ley posibilita requerir de los órganos permanentes del poder judicial es pleno, esto es, no reconoce límites fundados en la necesidad de preservar el ámbito de ejercicio de la función administrativa por el poder administrador, en el marco de la división de poderes.

En virtud de las competencias señaladas al comienzo del párrafo que antecede, los jueces contravencionales podrían verse en situación de resolver acerca de la existencia de una falta en ocasión de estar convocados a hacerlo respecto de una contravención. Ejemplo de ello son los casos en que las razones para decidir que no ha tenido lugar una contravención implican que tampoco pudo haber ocurrido una falta, como sucede cuando el juez considera que no aconteció un hecho cuya

presencia es indispensable tanto para uno como para el otro tipo de conducta ilícita. Si en un supuesto de esa especie, el juez debe pronunciarse acerca de la contravención no puede evitar sentar conclusión en calidad de cosa juzgada acerca de la falta, y esa decisión no podría ser revisada por el controlador, ni, una vez firme, por otro juez. Pero ello no fue lo ocurrido en autos.

De la reseña efectuada en el punto 1.2, párrafo tercero, surge que el juez de mérito no fue instado por la fiscal para entender en una contravención sino, en cambio, para hacerlo, únicamente, con relación al secuestro efectuado y con posterioridad reenviar las actuaciones a la fiscalía (reenvío requerido por el fiscal para posibilitar la presentación de las actuaciones ante Unidad de Faltas con el objeto de que se investigase la posible comisión de una falta). Es ésta una resolución explicable a la luz de lo que dispone el art. 12 de la ley 1217 acerca de la posibilidad de que el imputado eluda el procedimiento de faltas por medio del pago voluntario, derecho cuyo ejercicio no está contemplado en sede judicial, a menos que el pronunciamiento consistiera en una absolución cuyo mérito conllevase igual criterio respecto de la posible falta. Esa decisión unida a la forma en que fue adoptada priva de relación directa la garantía del *non bis in idem* con lo resuelto en autos. En primer lugar, porque, a diferencia de lo que sostiene el Defensor General, el imputado nunca estuvo sometido al proceso que regula la ley 12. La presentación que efectuó el Ministerio Público Fiscal ante dicho fuero, únicamente, tuvo como objeto obtener un pronunciamiento con relación a la medida precautoria adoptada y, a su vez, la decisión del juez de mérito no fue fruto de un debate sino de la falta de una imputación por parte del Ministerio Público Fiscal con relación a dicha conducta. En tales condiciones, el proceso al que se lo recondujo, —el que tiene por fin dilucidar la existencia o no de una "falta", en particular, la prevista en el art. 4.1.11 de la ley 451— es el primer proceso al que va a estar sometido el imputado. En segundo término, porque los motivos señalados impiden adentrase al análisis de un posible incrementó del riesgo en el proceso al que estaba sometido, puesto que, por lo expuesto *supra,* no podríamos hablar de la existencia de proceso en el *sub examine.*

Lo dicho lleva, asimismo, a desechar la aplicación al caso de la doctrina sentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) en la causa "Loayza Tamayo vs. Perú" (sent. del 17/9/1997), también invocado por el Defensor General en la queja para respaldar el agravio relativo a la vulneración de la garantía del *non bis in idem*. No obstante que la recurrente sostiene que "[e]n el caso citado [*sic, rectius*: resuelto] por la CIDH, la decisión asumida por la Cámara vulnera el art. 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos" (fs. 23 vta.), las condiciones relevantes consideradas por la CIDH en dicha oportunidad para arribar a la conclusión de que el Estado de Perú había vulnerado el mencionado artículo de la CADH no presentan analogía con la situación acaecida en autos. La CIDH, en el citado precedente, juzgó vulnerada esa garantía sobre la base de que la señora María Elena Loayza Tamayo había sido sometida a un proceso en el fuero militar por el delito de traición a la patria del que resultó absuelta y, con posterioridad, por

los mismos hechos, juzgada y condenada en la jurisdicción ordinaria por el delito de terrorismo. En este orden de ideas, la CIDH señaló que "en el presente caso la señora María Elena Loayza Tamayo fue absuelta por el delito de traición a la patria por el fuero militar, no sólo en razón del sentido técnico de la palabra 'absolución', sino también porque el fuero militar, en lugar de declararse incompetente, conoció de los hechos, circunstancias y elementos probatorios del comportamiento atribuido, los valoró y resolvió *absolverla*" (la negrita me pertenece); situación que difiere, como ya señalé, de la ocurrida en autos. Es preciso reiterar que en estos actuados el primer proceso al que se vería sometido el señor Rosales sería aquel que tenga lugar en la Unidad Administrativa de Faltas, sin que haya recaído una decisión acerca de los hechos imputados. Consecuentemente, tampoco a la luz de la interpretación realizada por la CIDH en relación a la garantía involucrada es posible conmover la solución propiciada en los párrafos precedentes.

1.4. Por último, cabe señalar que, el instituto de la cosa juzgada impide que se genere una nueva discusión acerca de cuestiones sobre las que recayó una decisión judicial firme del fuero competente para adoptarla o, lo que es lo mismo, esas cuestiones deberán ser tenidas por ciertas por aquellos órganos que deban expedirse sobre la base de ellas para resolver. Trasladada dicha regla a supuestos en que la Unidad de Faltas recibe las actuaciones luego de que transitaron por el procedimiento que regula la ley 12 —porque resultan coincidentes los hechos imputados tanto para la concreción de una figura contravencional como la de una falta—, el Controlador Administrativo de Faltas, no podrá apartarse, durante la investigación, de los hechos acerca de las cuales se expidieron los jueces. Esto es así, porque, aunque lo atinente a la existencia y alcance de la cosa juzgada es materia reglada por leyes procesales, en los procesos de naturaleza penal esas normas adjetivas se encuentran condicionadas por el mandato de satisfacer las garantías constitucionales del *non bis in idem* y la de ser juzgado en un plazo razonable. No cabe extenderse acerca del asunto, puesto que no formó parte de los agravios de la defensa un planteo con tal alcance.

2. Igual suerte debe seguir el planteo relativo a la supuesta violación del principio acusatorio. El recurrente postula que del juego armónico de los arts. 21 y 39 de la ley 12 ante la falta de una imputación fiscal acerca de un tipo contravencional el juez lo único que puede hacer es ordenar el "…archivo de las actuaciones…" (fs. 26). Dicho agravio versa, tal como fue formulado, acerca de la interpretación que corresponde asignar a la ley procesal (en especial, art. 21 de la ley 12), interpretación que, por regla, resulta propia de los jueces de mérito y ajena a la competencia de este Tribunal.

3. No puede ser tratado el agravio dirigido a controvertir la existencia misma del régimen de faltas que construye la defensa sobre la base de una comparación entre las penas y garantías procesales previstas en el proceso contravencional y en el de faltas, porque al haber sido formulado por vez primera en la queja, el Tribunal lo estaría tratando en instancia originaria.

4. Finalmente, más allá de su relevancia intrínseca, resolver la objeción dirigida por el señor Fiscal General Adjunto contra la personería de la "defensa oficial" requeriría un examen de las actuaciones principales que dilataría innecesariamente su trámite y sería por el momento inconducente en razón de la forma en la que se resuelve.

5. Por la razones apuntadas en mi voto en la causa "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad en: 'Ronchetti, Leonardo s/art. 47, CC —apelación— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado'", expte. nº 3996/05, resolución del 14/9/2005, voto por declarar no exigible el depósito previsto en el art. 34 de la ley 402.

Por ello, y lo concordantemente dictaminado por el Fiscal General Adjunto, voto por rechazar la queja deducida a fs. 20/29.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. El recurso de queja interpuesto por el defensor, aunque fue presentado por escrito, ante el Tribunal y dentro del plazo que marca la ley, debe ser rechazado.

Independientemente de las razones que sostiene el fiscal ante el Tribunal respecto a la falta de legitimación de la defensa pública y a la incorporación tardía de ciertos motivos de agravio, la simple verificación de que el recurso de inconstitucionalidad fue articulado contra una sentencia que no es la definitiva (art. 27, ley 402) basta para fundar el rechazo de la queja (conf. "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional Nº 7— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Cruz Martínez, Eugenia s/art. 41, CC'", expte. nº 2571, sent. del 5/11/2003 y sus citas).

Por otra parte, advierto que gran parte del trámite de este legajo podría haberse evitado con una simple denuncia del hecho —formulada por la misma fiscalía— ante la autoridad competente en materia de faltas (art. 2º, ley 1217).

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

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de queja fue interpuesto ante este tribunal dentro del plazo que fija el art. 33, ley 402, y contiene una descripción de los hechos principales de la causa, sin embargo no puede prosperar.

2. Las decisiones referidas a medidas o provisiones adoptadas durante la tramitación del proceso no constituyen, en principio, sentencia definitiva en el sentido del art. 27 de la ley 402 (conf. "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Enríquez, Rafaela s/infracción art. 68, CC, nulidad —apelación'", expte. nº 3358/04, resolución del 23/2/2005 y sus múltiples citas). Por ese motivo, la defensa debía desarrollar en su escrito de queja argumentos sólidos que lograran demostrar que este caso constituye una excepción a la regla.

3. Dado que ya me he manifestado a favor de la exención del pago del depósito cuando el recurso procede de la defensa oficial, a tal respecto remito a mi opinión en "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Feng Chen Chih s/art. 40 CC —apelación'", expte. nº 2212, resol. del 11/6/2003; "Ministerio Público —Defensoría Oficial Nº 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Caro, Maximiliano Daniel s/arts. 61 y 63, CC, apelación'", expte. nº 2197, resol. del 10/9/2003; "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional Nº 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Echagüe, Damián s/violar luz roja y otra'", expte. nº 2279, resol. del 30/9/2003; y "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas nº 8— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Prescava, David Daniel s/art. 186 bis C.P.'".

4. Voto en consecuencia por el rechazo de la queja.

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. Rechazar el recurso de queja agregado a fs. 20/29.

2º. Mandar que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita esta queja a la Sala I de la Cámara CyF.

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

En similar sentido se resolvió en las causas 5736/08 "Ministerio Público —Defensoría General— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Bresca, Alicia Fabiana s/inf. art. 84, CC'"; nº 5735/08 "Ministerio Público —Defensoría General— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Vega Rafael, Felicitas s/inf. art. 83, CC'"; del 18/6/2008; nº 5805/08 "Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Huaman Madera, Micaela s/inf. art. 83, CC'" y nº 5787/08 "Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Segura Rodríguez, Pedro Avelino s/inf. art. 83, CC'", del 25/6/2008.

CXXIII

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA GENERAL— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN INCIDENTE DE APELACIÓN EN 'ONISZCZUK, CARLOS ALBERTO S/INF. LEY 255 (F. LACROZE 3531)'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos.

SUMARIO:

1. La falta de una crítica adecuada de las razones por las que la Cámara denegó el recurso de inconstitucionalidad no puede ser suplida por la denuncia de nuevos motivos de agravio que, por ser extemporáneos, no pueden ser tratados ante esta instancia. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al que adhieren los señores jueces Julio B. J. Maier, José O. Casás, Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

Expte. nº 5738/08 - 18/6/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Defensor General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires interpuso recurso de queja en favor de Carlos Alberto Oniszczuk (fs. 29/38) contra la resolución dictada el día 20/12/2007 (fs. 25/26), mediante la cual la Sala I de la Cámara CyF declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad oportunamente interpuesto. Este último, a su vez, había sido intentado contra la decisión del 5/11/2007 de la Sala I, que resolvió declarar inadmisible el recurso de apelación subsidiariamente interpuesto contra el resolutorio de fecha 9/10/2007 (fs. 16/17), en el que el juez de primera instancia dispuso dar cumplimiento a la práctica del nuevo cómputo de pena, fijando como primer día para dar cumplimiento a la pena de arresto por el término de tres días el 15/10/2007 (fs. 1).

2. Los agravios alegados por la defensa en su recurso de inconstitucionalidad fueron: *a)* violación a la garantía del debido proceso (art. 13, inc. 3º, CCBA), pues a juicio de la defensa ha existido un apartamiento de la normativa procesal vigente, ya que se pretende ejecutar la pena impuesta al señor Oniszczuk cuando el art. 270 del nuevo CPPCABA establece, como regla general, el efecto suspensivo en la etapa recursiva y se encuentra en trámite ante el TSJBA un recurso de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado relativo a la prescripción de la acción (expte. nº 5514/07); y *b)* violación a la garantía constitucional de "recurrir ante tribunales superiores" (art. 8.2.h, CADH; art. 14.5, PIDCyP; y art. 75, inc. 22, C.N.), por entender que en caso de dar cumplimiento a lo resuelto se le estaría vedando a su asistido la posibilidad de recurrir ante el TSJBA y ante la CSJN (fs. 20/23 vta.).

3. La Sala I declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad debido a que no ha logrado demostrar la existencia de un caso constitucional, pues en el recurso intentado la defensa se ha limitado a reiterar los agravios esgrimidos en el recurso de apelación, sin efectuar crítica alguna a los argumentos vertidos por la misma Sala para desechar sus planteos en la resolución que impugna, y a invocar genéricamente normas constitucionales (fs. 25/26).

4. El Fiscal General Adjunto, al contestar la vista conferida, se pronunció por el rechazo del recurso de queja, con remisión a los argumentos dados por la Cámara. A ello agregó que el planteo constituye una maniobra dilatoria de la defensa, ya que la sentencia condenatoria cuya ejecución se pretende ha quedado firme, razón por la cual el planteo sobre la prescripción de la acción carece de asidero jurídico, a lo que se suma que el TSJBA no ha decretado el efecto suspensivo de la queja relativa a la prescripción de la acción, por lo cual la decisión jurisdiccional original debe cumplirse (fs. 43).

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de queja interpuesto a fs. 29/38 fue deducido en tiempo y forma (art. 33, ley 402). Sin embargo, no puede prosperar.

2. El recurso de queja intentado por la defensa ante este Tribunal no critica adecuadamente las razones por las que la Cámara le denegó el recurso de inconstitucionalidad. Tal carencia no puede ser suplida por la denuncia de nuevos motivos de agravio (afectación al principio de inocencia y a la duración razonable del proceso) que, por ser extemporáneos, no pueden ser tratados ante esta instancia.

A ello se suma que el argumento central de la defensa carece de actualidad. En efecto la defensa sostiene que no se puede ejecutar la sentencia de condena impuesta al señor Oniszczuk —aun cuando ya ha pasado en autoridad de cosa juzgada—, pues su planteo de prescripción de la acción se encuentra pendiente de resolución ante este Tribunal. Sin embargo, el Tribunal ya se ha expedido al respecto y con fecha 1º de abril del corriente año ha rechazado la queja presentada por la defensa (expte. nº 5514/07).

3. Por las razones expuestas, voto por rechazar el recurso de queja intentado.

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

Adherimos al voto de la jueza de trámite, doctora Alicia E. C. Ruiz.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Adhiero al voto de la doctora Alicia E. C. Ruiz, sin perjuicio de señalar que la decisión que se viene recurriendo en autos difícilmente pueda ser considerada la definitiva a que se refiere el art. 27 de la ley 402.

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja agregado a fs. 29/38.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita esta queja a la Sala I de la Cámara CyF.

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

CXXIV

"CONSEJO DE LA MAGISTRATURA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'YU TU S/INF. ART. 61, CC, INCONSTITUCIONALIDAD (REGULACIÓN DE HONORARIOS DE PERITO)'"

RECURSO DE QUEJA. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Sentencia definitiva. Incidente de regulación de honorarios. Perito intérprete. CONSEJO DE LA MAGISTRATURA: Legitimación procesal. DEBIDO PROCESO: Derecho de defensa en juicio. Acceso a la justicia.

SUMARIOS:

1. La decisión recaída en la regulación de honorarios no es sentencia definitiva, pero resulta equiparable a tal cuando el derecho que se busca ver reconocido, que consiste en no sufrir las consecuencias de una decisión judicial sin que le haya sido permitido intervenir en el debate concerniente a ella, sólo es susceptible de tutela inmediata. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere el señor juez José O. Casás).*

2. El Consejo de la Magistratura tiene legitimación procesal para recurrir la resolución que reguló los honorarios del perito intérprete, porque entre sus funciones se encuentra la de proyectar el presupuesto y administrar los recursos que la ley le asigne al Poder Judicial (inc. 6º, art. 116, CCBA), y la decisión de la Cámara ha impedido de manera incorrecta al recurrente ejercer sus competencias, toda vez que la manda constitucional citada conlleva un reconocimiento elemental para que el Consejo cuente con las facultades instrumentales necesarias para cumplir de manera eficiente la tarea asignada. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere el señor juez José O. Casás. En sentido concordante ver voto de los señores jueces Julio B. J. Maier y Ana María Conde).*

3. La decisión judicial que niega al Consejo de la Magistratura la posibilidad de intervención y control en torno a las erogaciones que le han sido impuestas, vulnera

el ejercicio del derecho de defensa que le asiste y resiente el legítimo ejercicio de las funciones otorgadas por el constituyente local. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere el señor juez José O. Casás. En sentido concordante ver voto de los señores jueces Julio B. J. Maier y Ana María Conde).*

4. A partir de la condena a sufragar los honorarios del perito, el Consejo de la Magistratura resulta legitimado pasivo, puede constituirse en parte e intervenir útilmente en el proceso a fin de sostener su posición. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

5. Es arbitraria la sentencia que condena al Consejo de la Magistratura al pago de honorarios del perito y le desconoce su calidad de parte para apelarla, pues lo priva del debido proceso legal y del acceso a la justicia. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

6. La ley nacional que el juez empleó para resolver la petición de honorarios del perito, y los arts. 279, CPPN y 5º, ley local 12 dieron sustento a la decisión de conceder al Consejo de la Magistratura el recurso de apelación, y la decisión de la Cámara que cerró inválidamente esa instancia de revisión, afecta directamente el derecho de defensa del sujeto al que se lo consideró obligado al pago. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

Expte. nº 5761/08 -18/6/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La señora Presidenta del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se presenta en queja ante este Tribunal (fs. 20/26), contra la decisión de la Sala I de la Cámara CyF (fs. 16/17) que declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad que había interpuesto contra la decisión de esa misma Sala de declarar mal concedido su recurso de apelación. Este último (fs. 4/5) se dirigía a obtener la revisión del monto de los honorarios regulados a favor del perito intérprete traductor chino-español que se desempeñó en una causa que fue archivada por la fiscalía interviniente (expte. nº 209.454/06 [806/C], caratulado "Yu Tu s/infracción al art. 61 del Código Contravencional"), cuyo pago se impuso al Consejo de la Magistratura (fs. 1/2).

2. En el recurso de inconstitucionalidad denegado la recurrente afirmó, sintéticamente, que la decisión de la Sala I de la Cámara CyF que declaró mal concedido el recurso de apelación —al negarle ese Tribunal legitimación para intervenir por no haber sido parte en el proceso (fs. 8)— constituye un atropello a las atribuciones constitucionales conferidas por la Constitución local al Consejo de la Magistratura de la CABA y vulnera el derecho de defensa de esa parte, configurándose un claro caso de gravedad institucional y arbitrariedad de sentencia,

a más de interferir en la regular gestión del cuerpo, causando grave perjuicio al interés público (fs. 10/14).

3. Los jueces de la Sala I de la Cámara declararon inadmisible el recurso pues entendieron que, si bien la decisión en cuestión podía ser equiparada a definitiva —en tanto, en lo atinente al monto que corresponde pagarle al perito intérprete traductor no existe otra oportunidad útil para que la recurrente haga valer sus razones—, no se configuraba en el caso una cuestión constitucional. Ello así toda vez que, según la resolución en crisis, sostener que el Consejo de la Magistratura de la Ciudad carece de legitimación para actuar en este proceso, involucra la interpretación y aplicación de normas procesales, materia ajena a la instancia extraordinaria. Tampoco la tacha de arbitrariedad tuvo acogida favorable, pues a criterio de la Cámara ésta encubría un mero disgusto con la fundamentación de la decisión en crisis (fs. 16/17).

4. En oportunidad de contestar la vista conferida, el señor Fiscal General Adjunto consideró que se debe hacer lugar a la queja, conceder el recurso de inconstitucionalidad y declarar la nulidad del auto cuya copia obra a fs. 8, para que se dicte una nueva resolución conforme a derecho, con intervención de la parte que resulte obligada al pago (fs. 31/33).

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. El Consejo de la Magistratura sostiene que negarle legitimación para intervenir en un incidente de regulación de honorarios cuyo pago le viene impuesto no compromete, como pretende el *a quo,* "la mera aplicación de normas procesales" por cuanto provoca "la afectación de derechos constitucionales (...) como por ejemplo su derecho de defensa" y "la tutela judicial efectiva" (fs. 21 vta.). Ello resulta de toda evidencia, tan pronto se advierte que las leyes deben ser interpretadas de un modo que las ponga en armonía con la Constitución y no de aquel otro en que se las concibe en pugna.

2. En tal contexto, aunque una regulación de honorarios no es, de ordinario, una sentencia definitiva, resulta equiparable a tal, por cuanto el derecho que la recurrente busca ver reconocido, esto es, el de no sufrir las consecuencias de una decisión judicial sin que le haya sido permitido intervenir en el debate concerniente a ella, sólo es susceptible de tutela inmediata. Por lo demás, el pronunciamiento objetado frustra cualquier discusión oportuna en torno al monto de los honorarios regulados en estos autos cuyo pago se ha puesto a cargo del Consejo de la Magistratura local (conf. doctrina de *Fallos,* 209:454; 320:2630 y 321:2263, entre otros).

Así las cosas, los jueces de la causa, al negarle legitimación a la recurrente, han impedido que tome intervención en una cuestión en la que su interés está determinado por las normas constitucionales que invoca (art. 116, CCBA), poniendo en juego su derecho de defensa en juicio (art. 18, C.N. y 13.3, CCBA). Por ello, corresponde hacer lugar al recurso de hecho deducido.

3. La cuestión traída a conocimiento de este Tribunal mediante el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la señora Presidenta del Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires es similar a la resuelta el 12/3/2008 en el expte. nº 5547/07 "Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Cáceres, Gonzalo Javier s/inf. art. 72, ley 10 —honorarios de perito'".

Tal como fue afirmado en esa oportunidad por mi colega el doctor José O. Casás, voto al que adherí, asiste razón a la recurrente en lo relativo a la legitimación procesal del Consejo de la Magistratura para recurrir la decisión judicial que en copia fue agregada a fs. 1/2. El art. 116 de la CCBA asigna al Consejo de la Magistratura local diversas funciones, entre las que se encuentra la de "proyectar el presupuesto y administrar los recursos que la ley le asigne al Poder Judicial" (inc. 6º). Sin embargo, la decisión de la Cámara ha impedido de manera incorrecta al recurrente ejercitar sus competencias, toda vez que la vigencia de la manda constitucional citada conlleva también un reconocimiento elemental para que el Consejo cuente con las facultades instrumentales necesarias para cumplir de manera eficiente la tarea asignada —por la cual es responsable y de la que debe dar cuenta a la Legislatura en cada ejercicio—. Esto, claro está, dentro del marco legal vigente (art. 2º, inc. 6º, ley 31, conforme texto art. 20, inc. d], ley 2386 y leyes 70 y anual de presupuesto).

A mayor abundamiento, en principio, no habría impedimentos para que el legislador distinguiera los recursos que le asigna al Poder Judicial —los cuales por manda constitucional corresponde administrar al Consejo— de aquellos que debería sufragar el Estado en cada causa, a los cuales podría asignárseles otro responsable; pero, mientras se estime que unos y otros gastos corresponden al Consejo —como lo hicieron los jueces de la causa—, no corresponde impedirle al órgano apuntado defender esos cometidos.

Parece oportuno recordar que, en nuestro sistema institucional, resulta habitual que más de un órgano vea atribuida su actuación al GCBA y que esas actuaciones no se superpongan. A su turno, tales atribuciones provienen de la Constitución y/o la ley. En tal contexto, no es resorte propio del intérprete atribuir implícitamente al orden jurídico una solución según la cual la responsabilidad sobre partidas presupuestarias reside en un órgano y, al propio tiempo, la protección requerida por ellas es desplazada a la órbita de otro. De ello se sigue que si el Consejo de la Magistratura tiene la partida destinada a sufragar determinados gastos, en el asunto que nos ocupa causídicos, debe, al menos como principio, poder defenderla.

La decisión cuestionada, en cuanto niega al Consejo la posibilidad de intervención y control en torno a las erogaciones que le han sido impuestas, vulnera el ejercicio del derecho de defensa que le asiste y resiente el legítimo ejercicio de las funciones que el constituyente local le ha otorgado.

Se verifica entonces, en el caso, la existencia del interés directo del Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires para impugnar la resolución que en copia se agregó a fs. 1/2, a través de un recurso que posibilite atender los agravios

que manifiesta, esto es, lograr la revisión del monto de los honorarios regulados al perito, cuyo pago se impuso al Consejo de la Magistratura, sin suscitar reparo.

En consecuencia, la resolución de la Sala I de la Cámara que declaró mal concedido el recurso de apelación deducido por el Consejo de la Magistratura (en copia a fs. 8) debe ser dejada sin efecto.

4. En virtud de las consideraciones expuestas, corresponde: a) hacer lugar a los recursos de queja e inconstitucionalidad interpuestos por la representante del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; b) dejar sin efecto la resolución de la Sala I de fecha 27/11/2007, cuya copia obra a fs. 8, que declaró mal concedido el recurso de apelación interpuesto por la señora Presidenta del Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires; c) remitir las actuaciones a la Sala I de la Cámara CyF para que dicte una decisión de acuerdo a lo aquí indicado.

El juez José O. Casás dijo:

Adhiero al voto del doctor Luis F. Lozano.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. El recurso de queja cumple con los requisitos básicos que fija la ley 402 y, además, demuestra la incorrección del juicio de admisibilidad efectuado por la Cámara sobre el recurso de inconstitucionalidad interpuesto (ver "Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Cáceres, Gonzalo Javier s/inf. art. 72 ley 10 —honorarios de perito'", expte. nº 5547, sent. del 13/3/2008). Él expone, entonces, la existencia de un caso constitucional: el condenado al pago no fue oído sobre la presunta obligación, ni sobre su medida. Por esa razón, voto por hacer lugar al recurso directo.

2. Estimo que, si por la razón que expresa el juez en la resolución del 25/10/2007 quien debe pagar las costas es el Consejo de la Magistratura, lo mínimo que debió hacer fue darle intervención en el procedimiento para fijarlas y atribuirlas. Ello determina, también, que la resolución de la Cámara, al negarle la posibilidad de recurrir, sea injusta de la misma manera.

La propia ley nacional que el juez empleó para resolver la petición del perito (ley 20.305 y no 23.305, como surge de fs. 1) indica, en su art. 32, que la resolución que determina los honorarios debe ser notificada personalmente o por cédula y, asimismo, señala que admite el recurso de apelación. En ese sentido, el mismo magistrado concedió —aunque con otro fundamento legal, art. 279, CPPN y 50, ley local 12 (fs. 6)— la apelación articulada por el Consejo de la Magistratura. La decisión de la Cámara —que cerró inválidamente esa instancia de revisión—, por lo tanto, afecta directamente el derecho de defensa del sujeto al que se lo consideró obligado al pago (ver mi voto en la causa citada en el punto 1).

Coincido, entonces, con el señor juez Lozano, en la necesidad de hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad intentado por el CM, dejar sin efecto la decisión de

fecha 27/11/2007 y reenviar el caso a la Sala I de la Cámara para que sus miembros resuelvan el recurso de apelación, con previa intervención de los interesados.

3. Deseo agregar, a modo de *obiter dictum*, que el trámite que encuentro más adecuado para resolver la solicitud de regulación de honorarios efectuada por un perito —en aquellos casos en los que, como en éste, no se arribó a una decisión de mérito sobre la acusación— impone la necesidad de que sea el interesado quien exprese, en primer lugar, cuál es el monto apropiado como retribución por la tarea desempeñada. Luego, el juez debe trasladar la solicitud del profesional a quien (o a quienes) él considera obligado(s) a afrontar el pago, a fin de que se manifiesten sobre el punto. Una vez escuchados todos los interesados, y no antes, llegará el momento de resolver el pedido. De ese modo, se asegura una instancia contradictoria previa a la decisión de uno de los aspectos —incidentales— que involucra un proceso (ver, en el mismo sentido, mis resoluciones del 11/3/2008, 25/3/2008, 15/4/2008 y 28/4/2008 como juez de trámite en los autos "Gigacable S.A. c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 4627/06).

La jueza Ana María Conde dijo:

Los fundamentos expuestos por el señor juez de trámite, Luis Lozano, bastan para hacer lugar a los recursos de queja e inconstitucionalidad y para dejar sin efecto la resolución de la Sala I del tribunal *a quo* en cuanto declaró mal concedido el recurso de apelación deducido por la —por ese entonces— representante del Consejo de la Magistratura de la Ciudad contra la decisión que le impuso —a dicho organismo— el pago de los honorarios de un perito intérprete. En efecto, a pesar de lo sostenido por los distinguidos integrantes de la Cámara de Apelaciones, el Consejo de la Magistratura local ha logrado demostrar que, al desconocérsele su legitimación procesal para intervenir en esta causa y al restringírsele su actuación indebidamente asimilándolo a una suerte de "tesorería", se ha menoscabado gravemente su legítimo derecho a defenderse en juicio (arts. 13.3, CCBA). Es lógico afirmar que el organismo responsable de dar cuenta de la ejecución del presupuesto asignado para la administración de todo el Poder Judicial de la Ciudad (con excepción de este Tribunal) debe tener la facultad de, por lo menos, poder ser oído en juicio en defensa del patrimonio que le compete administrar. Como lo explica el Fiscal General Adjunto, en su enjundioso dictamen (fs. 31/33), sostener lo contrario nos llevaría a la absurda conclusión de que su patrimonio carece de defensa en un supuesto en el cual una disminución significativa de aquél es reputada manifiestamente desproporcionada. Frente a esa denuncia, la Cámara *a quo* debió admitir su recurso de apelación y revisar el monto de los emolumentos que —necesariamente— debía afrontar el Consejo, al no existir un imputado condenado en costas. La deliberada omisión del tribunal *a quo* descalifica su actuación, toda vez que se ha soslayado injustificadamente el tratamiento de ciertas defensas que casualmente pudieron modificar —en alguna medida— la solución del litigio. En esta nueva oportunidad considero que corresponde, de cara a las diferencias existentes entre esta causa y aquella (otra) que cita el señor juez de trámite en el

punto 3 de su voto, devolver estas actuaciones a la Sala I para que se pronuncie sobre el mérito del recurso de apelación que fuera correctamente concedido por el juez de primera instancia.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de queja ha sido interpuesto por el Consejo de la Magistratura en tiempo y forma, y contiene una crítica suficiente al auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad.

2. El recurso de inconstitucionalidad introduce oportunamente y funda de modo adecuado al menos una cuestión constitucional: la arbitrariedad de la decisión que desconoció al Consejo de la Magistratura su carácter de parte para apelar la resolución que le impusiera el pago de los honorarios del perito intérprete traductor, en un proceso en el cual hasta entonces no había intervenido en modo alguno.

La imposición de una obligación al recurrente interfiere en el marco de sus atribuciones y competencias y genera, en consecuencia, su derecho a ser oído con las debidas garantías. Dicho en otros términos, es a partir de la condena a sufragar los honorarios del perito que el Consejo de la Magistratura resulta legitimado pasivo, puede constituirse en parte e intervenir útilmente en el proceso a fin de sostener su posición. Como lo enseña Palacio "los terceros cuya situación no encuadra en ninguna de las modalidades previstas por la ley, pero que sufren, no obstante, un perjuicio a raíz de una resolución judicial, se hallan habilitados para interponer el recurso de apelación..." (Palacio, Lino: *Derecho procesal civil,* t. IV, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1972, 84).

En estricto sentido, y en lo que hace a la condena por honorarios del perito intérprete traductor, el "vencido" es el Consejo de la Magistratura, que ha devenido deudor de una obligación dineraria por decisión judicial. De allí su justificado y legítimo interés en intervenir en el proceso por vía impugnativa, lo que no es ni más ni menos que hacer uso de una forma procesal que tiende a asegurar su derecho a ser oído.

La arbitrariedad de la sentencia se configura en tanto priva al recurrente del debido proceso legal y del acceso a la justicia.

Por los fundamentos expuestos *voto* por hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, dejar sin efecto el fallo del tribunal superior de la causa y ordenar que se trate debidamente el recurso de apelación del Consejo de la Magistratura por la sala que siga en orden de turno. Así voto.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto, por unanimidad con respecto a los puntos 1 y 2 y por mayoría con respecto al punto 3,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Hacer lugar* a los recursos de queja e inconstitucionalidad interpuestos.

2º. *Dejar* sin efecto la resolución de la Sala I de la Cámara CyF de fecha 27/11/2007, cuya copia obra a fs. 8, que declaró mal concedido el recurso de apelación interpuesto por la señora Presidenta del Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires.

3º. *Remitir* esta queja a la Sala I de la Cámara CyF para que dicte una decisión sobre el recurso de apelación cuya copia obra a fs. 4/5.

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

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

CXXV

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA GENERAL ADJUNTA EN LO PENAL, CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'ONISZCZUK, CARLOS ALBERTO Y VILLAR, VALERIA S/INFR. ART. 116, LEY 1472 (ELCANO 3498) APELACIÓN'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL:
Cuestión federal. Arbitrariedad de sentencia.

SUMARIOS:

1. No cabe admitir el recurso extraordinario federal cuando se omite el correcto planteo de alguna cuestión federal que habilite la competencia de excepción ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (art. 14, ley 48*). (Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Luis F. Lozano, Ana María Conde, Julio B. J. Maier y Alicia E. C. Ruiz).*

2. Las admisibilidad del recurso extraordinario federal por la causal de arbitrariedad es estricta, pues no tiene por objeto convertir a la Corte Suprema en un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados o que se reputan tales, sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que, deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la sentencia fundada en ley a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Luis F. Lozano, Ana María Conde, Julio B. J. Maier y Alicia E. C. Ruiz).*

3. El planteo referido a la omisión de tratamiento de la alegada afectación al principio de lesividad debe ser desestimado, porque no se efectuó oportunamente ni se mantuvo en el recurso de inconstitucionalidad, ha impedido su tratamiento por este Tribunal. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Luis F. Lozano, Ana María Conde, Julio B. J. Maier y Alicia E. C. Ruiz).*

4. A los efectos del recurso extraordinario federal, la cuestión federal debe introducirse en la primera ocasión posible que brinde el procedimiento, a fin de que los jueces de la causa puedan tratarla y resolverla. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Luis F. Lozano, Ana María Conde, Julio B. J. Maier y Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 5529/07 - 18/6/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Defensor General de la Ciudad interpuso recurso extraordinario federal (fs. 106/115) contra la decisión de este Tribunal de fecha 18/4/2008, mediante la cual se rechazó el recurso de queja agregado a fs. 78/86.

El recurrente considera que la resolución del TSJBA es arbitraria por haber confirmado un decisorio que adolecía de carencia o insuficiencia de fundamentos y de una interpretación irrazonable de la prueba, afectando de esta manera la garantía del debido proceso legal, la defensa en juicio y el principio de inocencia (art. 18, C.N.; y arts. 8.1, CADH y 14.1, PIDCyP, en función del inc. 22 del art. 75, C.N.). Asimismo, planteó que como derivación de dicha arbitrariedad se vulnera el principio de lesividad y consecuentemente los principios de culpabilidad y razonabilidad en razón de las condenas impuestas a los imputados (art. 19, C.N.; 18 y 28, C.N., más los arts. 8º, CADH y 14, PIDCyP —en función del art. 75, inc. 22, C.N.—).

2. El Fiscal General Adjunto, al momento de contestar el traslado conferido, señaló que el recurso extraordinario federal de la defensa debe ser declarado inadmisible por faltar uno de los requisitos substanciales exigidos por el art. 14 de la ley 48, esto es, la presencia de un caso constitucional (fs. 118/120).

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. El recurso extraordinario federal interpuesto a favor de Valeria Villar y de Carlos Alberto Oniszczuk cumple con los requisitos extrínsecos de tiempo y forma exigidos por el art. 257, CPCCN y con aquellos impuestos por la Acordada 4/07. No obstante, tal como lo propicia el señor Fiscal General en su responde de fs. 118/120, la vía recursiva intentada debe ser denegada, pues la defensa ha omitido el correcto planteo de alguna cuestión federal que habilite la competencia de excepción ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (art. 14 de la ley 48).

2. Al rechazar el recurso de queja oportunamente interpuesto este Tribunal afirmó, básicamente, que la defensa no había logrado conmover los argumentos que llevaron a la Cámara a denegar sus recursos en razón de la ausencia, en el caso, de

una cuestión constitucional que pudiera habilitar la intervención de este Tribunal. En consecuencia, resulta aplicable la reiterada doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que sostiene que las decisiones por las cuales los tribunales locales declaran la improcedencia de los recursos de orden local que se interponen ante ellos son ajenas, en principio, a la instancia extraordinaria (conf. *Fallos,* 299:268; 308:1577; 311:100; entre muchos otros).

3. Por lo demás, el Defensor General no ha logrado exponer con claridad razones que den fundamento a la arbitrariedad de sentencia que alega. La decisión de este Tribunal de fs. 95/102, objeto de reproche, se encuentra razonada y fundada, más allá de que el recurrente coincida o discrepe con sus contenidos. En efecto, las consideraciones efectuadas en el recurso extraordinario de fs. 110 vta./115 no exponen más que la mera disconformidad del recurrente con lo allí decidido.

Así, bajo la alegada vulneración al debido proceso adjetivo, a la defensa en juicio y al principio de inocencia (fs. 110 vta./113), la presentación recursiva se limita a reeditar los argumentos anteriormente planteados, sin rebatir los fundamentos brindados por los integrantes del Tribunal en la decisión recurrida. Por ello, ante la ausencia de una crítica concreta y razonada de todos y cada uno de los argumentos que fundaron la sentencia recurrida en torno a estos puntos, corresponde denegar la vía intentada (doctrina de *Fallos,* 283:404; 302:155; 311:169, 542; 314: 481; 315:325; 316:420; 325:2652, 326:2056; 327:352, entre muchos otros).

En definitiva, ninguno de los argumentos articulados en el recurso extraordinario federal por el señor Defensor General ataca seriamente el fundamento de la decisión que aquí se pretende recurrir. Así las cosas, cabe resaltar que la admisibilidad del recurso por la causal de arbitrariedad es estricta pues, como tiene dicho nuestro Tribunal cimero desde antiguo, "(l)a doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados o que se reputan tales, sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que, deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la sentencia fundada en ley a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N." (*Fallos,* 294:376; 308:2351, 2456; 311:786; 312:246, 389, 608 y 323:2196, entre muchos otros). Dichas circunstancias lejos están de advertirse de la simple lectura de la sentencia que se pretende impugnar.

4. Desde esta perspectiva, el planteo referido a la omisión de tratamiento de la alegada afectación al principio de lesividad (fs. 113/115) debe ser desestimado. En el recurso extraordinario el señor Defensor General intenta presentar la cuestión en el sentido de que este motivo de agravio había sido planteado oportunamente y mantenido en todas las instancias, aunque no fuera mencionado en forma expresa como tal y que por esta última razón el TSJBA rechazó arbitrariamente su procedencia en la decisión recurrida. Sin embargo, en primer lugar, esto no se condice con lo sucedido, como ya fuera expuesto por este Tribunal al rechazar la queja interpuesta por la señora Defensora General Adjunta

(conf. mi voto y el del doctor Julio B. J. Maier, fs. 98 y 100) y, en segundo lugar, en el recurso extraordinario la defensa, bajo la supuesta falta de lesividad de la conducta imputada a los señores Villar y Oniszczuk, vuelve en verdad sobre lo denunciado bajo los agravios referidos en el párrafo anterior y reformula su planteo con respecto al alcance con el que había sido presentado en el recurso de apelación de la señora Villar (fs. 36/38 vta.). Según alega, la desatención a los principios de debido proceso, defensa en juicio e *in dubio pro reo* redundan en la afectación al principio constitucional de lesividad y, por su intermedio, al principio de culpabilidad, toda vez que lo que se sostiene de manera indubitable desde el primer momento es la falta de fundamentos atendibles y razonables en las decisiones de condenar a sus asistidos. Por tanto, la defensa no logra revertir el argumento dado por este Tribunal en la decisión recurrida, en cuanto a que la lesión al principio de lesividad no fue mantenida en el recurso de inconstitucionalidad, lo que impidió su tratamiento por este Estrado.

Finalmente, tampoco es atendible el argumento de la defensa, en cuanto a que por lo demás, un descuido defensista no puede perjudicar de ninguna manera al imputado. Tal como lo señala el Fiscal General Adjunto en su responde (fs. 120), es doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que la cuestión federal, base del recurso extraordinario, debe introducirse en la primera ocasión posible que brinde el procedimiento, a fin de que los jueces de la causa puedan tratarla y resolverla (conf. *Fallos,* 312:1470, entre otros).

Por las consideraciones expuestas, corresponde denegar el recurso extraordinario federal interpuesto a fs. 106/115.

Así lo voto.

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

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

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Adhiero a la solución propuesta por el señor juez de trámite en virtud de las razones expresadas en los puntos 1 a 3 de su voto.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal agregado a fs. 106/115.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se cumpla con lo ordenado a fs. 102, punto 2.

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

CXXVI

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA OFICIAL EN LO CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS Nº 3— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'HERRERA, JUAN S/ART. 189 BIS DEL C.P.'"

RECURSO DE QUEJA. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Cuestión de derecho procesal local. Suspensión del juicio a prueba. Sentencia definitiva. Derecho de defensa en juicio. Principio de *ne bis in idem*. Reglas de conducta. Sentencia de condena firme.

SUMARIOS:

1. La admisión del recurso del Ministerio Público deducido contra un auto de sobreseimiento dictado en primera instancia, resulta procedente sea por aplicación de la ley procesal local o por la aplicación supletoria del art. 449 del CPPN (arts. 6º y 55, ley 12) *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

2. La Cámara no sustentó su interpretación del art. 76 ter del C.P. partiendo de una prueba desconocida por el recurrente, sino en una de las interpretaciones plausibles de una previsión penal infraconstitucional, que el defensor no logró controvertir con suficiente fundamento en una concreta y real violación de carácter constitucional. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

3. Bajo el ropaje de una simple discrepancia no cabe proponer al Tribunal una comprensión diferente del derecho procesal aplicable al caso, pues la función de esta instancia de excepción no consiste en establecer la inteligencia o el alcance que debe otorgarse a las reglas procesales, sino que la exégesis de tales normas infraconstitucionales, cuando no se demuestra su incompatibilidad manifiesta con la Constitución o con el texto de la propia norma, es de resorte exclusivo de los tribunales ordinarios. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

4. La garantía constitucional del *ne bis in idem* impide una múltiple persecución penal —simultánea o sucesiva— por un mismo hecho. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante ver voto del señor juez José O. Casás).*

5. En una interpretación más generosa, la garantía del *ne bis in idem* está relacionada con la imposibilidad de volver sobre etapas procesales ya superadas, sin constituir un obstáculo que impida que un proceso avance o continúe a consecuencia de las impugnaciones deducidas por los sujetos legalmente facultados para ello, en tanto ni la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ni las normas constitucionales (arts. 8.4, CADH, 14.7, PIDCyP y 75.22, C.N.) le otorgan un significado semejante. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante ver voto del señor juez José O. Casás).*

6. No ha existido una vulneración de la garantía del *non bis in idem* cuando por haberse concedido la suspensión del proceso, no se ha celebrado o sufrido juicio alguno, y el procedimiento sustanciado ante la Cámara no tuvo por efecto revocar ninguna actuación ya superada, ni someter al imputado a un doble riesgo por el mismo hecho en un nuevo proceso, ni mucho menos, imponer una "nueva

sanción". *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante ver voto del señor juez José O. Casás).*

7. Las reglas de conducta tienen fines preventivo-especiales o de resocialización y su imposición, en el marco de una suspensión del juicio a prueba (art. 76 bis del C.P.) no constituye la aplicación de una sanción o de una pena anticipada cuando la suspensión se deja sin efecto. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

8. La declaración de extinción de la acción penal está subordinada al efectivo cumplimiento de las reglas de conducta impuestas y a la inexistencia de circunstancias que modifiquen la estimación acerca de la condicionalidad, como por ejemplo, una sentencia de condena firme, condiciones que pueden ser examinadas desde que el beneficio de la suspensión del juicio a prueba es concedido y hasta el momento en que procede tal declaración de extinción. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

9. La declaración de extinción de la acción penal en los casos en los que se aprovecha el beneficio de la suspensión del juicio a prueba, no opera de pleno derecho por el mero transcurso del plazo acordado para la suspensión, sino que depende del cumplimiento de las reglas de conducta y de la inexistencia de circunstancias que influyan sobre la condicionalidad. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

10. No es sentencia definitiva la decisión que ordena realizar el juicio, pues desde el punto de vista jurídico el imputado puede plantear en él sus defensas, incluso la suspensión de ese mismo juicio a prueba. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier. En sentido concordante ver voto del señor juez José O. Casás).*

11. No corresponde admitir la equiparación de las instrucciones para seguir algunas reglas de conducta con la pena y la reacción estatal, ya que por el contrario, la suspensión del juicio con fundamento en el art. 76 bis y ss. del C.P., intenta evitar, sobre la base de la reparación, no sólo la pena sino antes bien, todo el sistema penal por una solución que, aceptada por el imputado, la ley le parece la mejor pena. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

12. No existe obligación de conceder la suspensión del juicio a prueba o a tenerla por cumplida inexorablemente, una vez vencido el plazo de prueba, sino que la ley exige del tribunal una decisión, después del plazo de prueba, que dé por aprobada la prueba al imputado y, por tanto lo sobresea, u ordene la realización del juicio. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

13. Corresponde a este Tribunal analizar la determinación del momento en que la suspensión del juicio a prueba puede ser dejada sin efecto cuando se encuentra acreditado el supuesto previsto en el tercer párrafo del art. 76 ter del C.P. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

14. Transcurrido el plazo de la suspensión del juicio a prueba, si no se controvierten ni el correcto cumplimiento de las reglas de conducta, ni la comisión de un delito durante ese plazo, tal suspensión no puede ser dejada sin efecto y continuar el proceso, sobre la base de conocerse con posterioridad circunstancias que hubieran impedido su otorgamiento. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

15. Cumplidas las cargas legales impuestas para mantener el beneficio de la suspensión del juicio a prueba y agotado su plazo, queda extinguida la acción

penal. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante ver voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

16. La sentencia relativa al cumplimiento de las cargas impuestas para mantener el beneficio de la suspensión del juicio a prueba, y consecuente extinción de la acción penal, tiene efectos puramente declarativos. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

17. El párr. 3º del art. 76 ter del C.P. establece que las circunstancias que habrían obstado al otorgamiento de la suspensión del juicio a prueba operan efectos aun cuando fueran conocidas después de acordado, pero la posibilidad de revocación desaparece por la extinción de la acción, cuando se verifica el cumplimiento de las cargas previstas en el párr. 4º. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

18. La decisión que resuelve suspender el juicio a prueba no otorga al imputado derecho a obtener la extinción de la acción penal y, menos aun un derecho que impida dejarla sin efecto y reiniciar el juicio suspendido, por lo que el supuesto contemplado en el párrafo tercero del art. 76 del C.P. puede ser invocado durante todo el plazo que dure la suspensión. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

19. Vencido el plazo de la suspensión del juicio a prueba, se consolida a favor del imputado su derecho a que se le extinga la acción penal, si cumplió correctamente con las reglas de conducta, la reparación del daño en la medida ofrecida y la no comisión de un delito durante ese plazo. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

20. Resulta extemporáneo el pedido del Ministerio Público Fiscal para que se deje sin efecto la suspensión del juicio a prueba por existir una condena privativa de la libertad que recaía contra el imputado con anterioridad, si se invoca una vez transcurrido el plazo de suspensión. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

21. Si lo agentes encargados de gestionar la pretensión punitiva estatal no conocieron oportunamente un antecedente condenatorio, por imposibilidad o impericia, su ineficacia no puede ser utilizada en contra del imputado. *(Voto disidente de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

22. El art. 76 ter del C.P. establece, con un alcance que no es el de una simple pauta de razonabilidad sujeta al arbitrio jurisdiccional, que si durante el tiempo fijado por el tribunal el imputado no comete delito, repara los daños y cumple las reglas de conducta establecidas, se agota la voluntad persecutoria estatal y se extingue la acción penal, por lo que si al tiempo de agregarse en autos la certificación de un antecedente condenatorio del imputado, el plazo de suspensión del juicio estaba agotado, el criterio adoptado por la Cámara implica el apartamiento de la ley y la extensión de hecho del término de la suspensión del juicio a prueba. *(Voto de la señora Juez Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 4750 - 18/6/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, el día 5/2/2008, hizo lugar al recurso de hecho deducido por la Defensoría General de la CABA, admitió el recurso extraordinario federal y dejó sin efecto la decisión apelada de este Tribunal de fecha 24/10/2006. En esa oportunidad, el Tribunal —por mayoría— rechazó formalmente la queja intentada contra la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad local (fs. 35/44), que, a su turno, había sido interpuesto contra la resolución dictada por la Sala I de la Cámara CyF (fs. 30/34), en cuanto revocó un sobreseimiento resuelto en la instancia anterior y dejó sin efecto una suspensión del juicio a prueba en el marco del art. 76 ter del C.P., porque se conoció la existencia de una sentencia condenatoria firme, pese a que había transcurrido el plazo de prueba y el imputado había cumplido las reglas de conducta oportunamente impuestas. En consecuencia, la CSJN —por mayoría— dispuso que se dicte un nuevo pronunciamiento y, a dichos efectos, remitió las actuaciones a este Tribunal (fs. 402/403 del expediente principal).

FUNDAMENTOS;

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. La mayoría de la CSJN, para resolver como lo hizo, se remitió a los "fundamentos" del dictamen emitido por la Procuración General de la Nación (obrante a fs. 394/395 del expediente principal). Ahora bien, más allá de que aquellos "fundamentos" aparecen exclusivamente dirigidos a cuestionar los argumentos —de naturaleza procesal local— que este Tribunal empleó para considerar como *no definitiva* a la sentencia apelada con relación al agravio vinculado con la garantía del *non bis in idem* (ver punto IV del dictamen de la PGN), la estrecha conexión argumentativa entre este agravio y los restantes planteos presentados en el recurso extraordinario local, aunado al hecho de que se ha dejado "sin efecto" —sin mayor distinción— la decisión anterior de este Tribunal, me persuaden sobre la conveniencia de conferirle un alcance más amplio a lo resuelto por la CSJN y de analizar en su totalidad el recurso denegado por el tribunal *a quo*. Tal análisis, vale la pena ponerlo de resalto, se limitará —rigurosamente— al tratamiento de los agravios presentados por el recurrente en los términos en los que aquéllos han sido propuestos.

2. Sobre la base del agravio rotulado como "afectación a los principios constitucionales de legalidad procesal y juicio previo" (fs. 36), el impugnante busca argumentar —de una manera sumamente escueta, por cierto— que la Cámara se excedió en sus atribuciones, al declarar formalmente procedente y al dar efectos concretos a un recurso acusatorio dirigido contra un auto de sobreseimiento decidido en primera instancia. En tal sentido, sostiene que la alzada se apartó de la normativa adjetiva, por aquel entonces, aplicable que sólo reconocía al integrante del Ministerio Público Fiscal un recurso contra la "sentencia absolutoria" (art. 61, ley 12, con las modificaciones de las leyes 1287 y 1330). En lo que aquí respecta

los jueces de la Sala I interpretaron que, con independencia de que el fiscal había fundado la procedencia de su impugnación en virtud de una razonable equiparación entre una absolución y un sobreseimiento, de conformidad con lo regulado por la ley procesal local, en todos los supuestos en los cuales se recurría un "auto de sobreseimiento" resultaba aplicable supletoriamente el art. 449 del CPPN (arts. 6º y 55, ley 12, ya citada), por ser —esta última— una situación específica (fs. 32 vta.) no contemplada expresamente en el ordenamiento jurídico local.

En primer lugar, es preciso indicar que no parece posible comprender cuál es el perjuicio que esta interpretación pudo haberle provocado al señor Herrera, pues, en el caso concreto, sea por aplicación de una u otra norma, esa impugnación resultaba formalmente procedente. En efecto, el recurrente no alcanza a explicar por qué razón considera que los magistrados tendrían expresamente vedada la posibilidad de aplicar supletoriamente la norma que decidieron utilizar, ni cuál es el motivo por el cual presume que la resolución de sobreseer de forma definitiva al imputado —decisión que innegablemente dirime la controversia y le pone fin al proceso— no resulta equiparable, a los fines recursivos, por sus efectos y consecuencias, a una "absolución" para el agente fiscal. Por lo contrario, la defensa se limita a repetir incansablemente que resulta "evidente" la inconstitucionalidad de dicha interpretación, porque, en función de ella, se revocó la resolución anterior, pero, en definitiva, omite explicar concretamente de qué manera la Cámara habría sobrepasado algún límite expreso impuesto por el legislador en detrimento de su asistido.

En segundo lugar, bajo el ropaje de una simple discrepancia se oculta la intención de proponerle al Tribunal una comprensión diferente del derecho procesal aplicado a este caso, soslayándose que la función de esta instancia de excepción no consiste en establecer la inteligencia o el alcance que cabe otorgarle a las reglas procesales, como si se tratase de una tercera instancia obligada, sino que la exégesis de tales normas infraconstitucionales, cuando no se demuestra su incompatibilidad manifiesta con la Constitución o con el texto de la propia norma, es de resorte exclusivo de los tribunales ordinarios. Naturalmente, la ausencia de un cuestionamiento serio y razonado de orden constitucional en esta presentación determina que la Cámara, una vez más, haya tenido la última palabra sobre esa cuestión.

3. Sobre la base del agravio encabezado como "[s]istema acusatorio y garantía de imparcialidad" (fs. 37 vta.), el recurrente insiste en cuestionar la admisión del recurso acusatorio y denuncia que los jueces del tribunal *a quo*, para decidir en contra de su defendido, utilizaron un elemento de prueba que fue incorporado a la causa durante el trámite de la apelación y que, según lo sostiene, no pudo contradecir. En cuanto a la admisión del recurso del fiscal basta con remitirse al punto 2 de este voto, pues, en realidad, más allá de la regla procesal que utilizó el fiscal para fundar su impugnación o de aquella otra empleada por la alzada para admitirla formalmente, lo relevante fue que el integrante del Ministerio Público Fiscal era titular de un derecho recursivo en un caso en el cual aparecía discutida, simultáneamente, la "inobservancia o errónea aplicación de la ley sustantiva" (art. 61.1.a, ley 12) y/o un "auto de sobreseimiento" (art. 449, CPPN).

Su segundo cuestionamiento, tal como lo expliqué al emitir mi voto en la resolución ulteriormente revocada por la CSJN, carece de la seriedad que requiere un recurso como el deducido, puesto que la Cámara no sustentó su interpretación del art. 76 ter del C.P. a partir de una prueba desconocida para el recurrente, sino en una de las interpretaciones plausibles de una previsión penal infraconstitucional, lectura aquélla que el defensor no logró controvertir suficientemente con fundamento en una concreta y real violación de carácter constitucional. Es simple, aunque en la decisión impugnada la alzada citó un informe que fue recibido y agregado al expediente con posterioridad a que el defensor evacuara la vista conferida —informe que, en síntesis, daba cuenta del motivo de la demora en la anotación del antecedente condenatorio firme en el "Registro" pertinente—, no es cierto que se haya tratado de un extremo determinante en el razonamiento expuesto por el *a quo* para revocar el auto de sobreseimiento, puesto que tal informe no ha sido más que una mención meramente tangencial o secundaria. Sin dudas, lo relevante para la solución adoptada fue la preexistencia de una condena firme, condena ésta de la cual no puede predicarse sorpresa o incertidumbre alguna, en tanto fue conocida, *por todos*, tiempo antes del trámite sustanciado ante la Cámara.

En el supuesto de que lo anterior no alcanzara para fundar el rechazo de esta presentación, bastaría con agregar que, incluso frente a la hipótesis de que la defensa oficial desconociera completamente los motivos concretos de la demora en el registro del antecedente condenatorio, el imputado, por lo contrario, no podía desconocerlos, puesto que tal demora era el resultado de la legítima actividad recursiva desplegada en el marco de su otra causa. Ello así, pues, más allá de que no podría reclamársele al imputado que informara sobre la existencia de este antecedente —que hubiera obstado la concesión del beneficio de la suspensión del juicio a prueba—, tampoco parece posible afirmar, como lo hace la defensa, que el encartado no haya tenido incidencia alguna en la falta o demora de anotación de aquél, pues, justamente, eso no es lo que se desprende de estas actuaciones ("la sentencia adquirió firmeza el 17/12/2003" pero, con posterioridad a ello, "el cómputo de pena practicado fue observado y recurrido por el imputado" quedando finalmente "aprobado y comunicado el 5/8/2005, fecha que ingresó al Registro correspondiente"; conf. a fs. 33 vta., tercer párrafo). Lo cierto es que aquí la estrategia esgrimida por el encartado consistió en tolerar la imposición de las reglas de conducta, aun cuando era un evento previsible que esta suspensión fuera dejada sin efecto por estricta aplicación del art. 76 ter del C.P. Desde esa perspectiva, más allá de que las razones justificantes de esta demora no fueron determinantes de la sentencia impugnada, tampoco es posible sostener que la Cámara tuviera —de alguna manera— vedada la consideración de ese extremo aclaratorio o explicativo de una circunstancia previamente documentada.

4. Ahora bien, en el apartado titulado "la renovación de la persecución penal" (fs. 39 vta.) el defensor presenta una serie de argumentos en función de los cuales intenta demostrar que la decisión de la Cámara, cuando "ya se había declarado la extinción de la acción y el sobreseimiento" del imputado y luego de que transcurriera

"el plazo de un año fijado en la homologación del acuerdo", constituye "una clara y evidente" lesión a la garantía del *non bis in idem*. Sin embargo, en mi opinión, el razonamiento expuesto por el defensor supone una ampliación indebida del alcance de la garantía mencionada que no se compadece con aquél que le ha conferido la CSJN. En efecto, aquella garantía constitucional puede ser entendida como la que impide una múltiple persecución penal —simultánea o sucesiva— por un mismo hecho o, en una interpretación más generosa, está relacionada con la imposibilidad de volver sobre etapas procesales ya superadas (*Fallos,* 272:188), pero no es correcto entenderla como un obstáculo que impida que un proceso avance o continúe a consecuencia de las impugnaciones deducidas por los sujetos legalmente facultados para ello, en tanto ni la CSJN ni las normas constitucionales (arts. 8.4, CADH, 14.7, PIDCyP y 75.22, C.N.) le otorgan un significado semejante.

En este sentido, la situación aquí planteada no parece ser tan "clara y evidente" como entiende la defensa oficial, toda vez que "la garantía no veda únicamente la aplicación de una nueva sanción por un hecho anteriormente penado, sino también la exposición a un riesgo de que ello ocurra mediante un nuevo sometimiento a juicio de quien ya lo ha sufrido por el mismo hecho (*Fallos,* 299:221 y 314:377)" (*Fallos,* 328:374, "Álvarez", citado en el punto IV del dictamen de la Procuración General de la Nación). Por lo contrario, en el presente sumario como se había concedido el beneficio de la suspensión del proceso, sí es —más que— "evidente" que no se había celebrado o "sufrido" juicio alguno y que el procedimiento sustanciado ante la Cámara no tuvo por objeto renovar ninguna actuación ya superada, ni someter al señor Herrera a un doble riesgo por el mismo hecho en un nuevo proceso (*Fallos,* 321:2826), ni —mucho menos— imponer "una nueva sanción" pues, en verdad, ninguna otra sanción le habría sido impuesta al imputado. La resolución de la alzada, habilitada para ello en virtud del recurso del fiscal, exclusivamente determinó que un pronunciamiento de primera instancia que no se encontraba firme, ni había sido consentido, en cuanto decretaba la extinción de la acción penal y el sobreseimiento de un imputado, no constituía una derivación razonada del derecho infraconstitucional vigente. En pocas palabras, admitir la pretensión del defensor oficial importaría conferirle a la garantía del *non bis in idem* una extensión extraña o descontextualizada que alteraría su sentido, pues no se puede extraer de ella la ilegitimidad de la facultad de la Cámara para revocar una decisión de grado.

En realidad, lo que agravia al recurrente —aquí también— no parece ser otra cosa que la interpretación que la Cámara efectúa acerca del art. 76 ter del C.P., es decir, hasta qué momento una suspensión del juicio a prueba puede ser dejada sin efecto cuando se conoce la existencia de una condena que hubiera obstado su concesión inicial, pero, más allá de que comparta o no la interpretación realizada, lo cierto es que tal cuestión no guarda relación alguna con la garantía examinada. En efecto, aun cuando se reconozca que las "reglas de conducta" (art. 27 bis, C.P.) tienen fines preventivo-especiales o de resocialización, su imposición, en el marco de una suspensión del juicio a prueba (art. 76 bis, C.P.), de ninguna manera constituye la aplicación de una "sanción" o de una pena anticipada cuando la suspensión se

deja sin efecto, como refiere el defensor. Ello así, pues, de interpretar lo contrario, el instituto de la suspensión del juicio a prueba resultaría notoriamente inconstitucional, porque importaría imponer una sanción prescindiendo del "juicio previo" y de la sentencia fundada en ley (arts. 10 y 13, CCBA, 17 y 18, C.N.). Considero, en consecuencia, que el imputado Herrera no ha "sufrido" juicio alguno, ni ha soportado la imposición de una "pena" por el hecho investigado en autos.

En cuanto a su disconformidad con la interpretación acordada a dicho precepto infraconstitucional puedo ratificar que *resulta lógico sostener* que la norma supedita o subordina la declaración de extinción de la acción penal a dos condiciones, a saber: al efectivo cumplimiento de las reglas de conducta impuestas y a la inexistencia de circunstancias que modifiquen la estimación acerca de la condicionalidad (por ejemplo, una sentencia de condena firme); y, en lo que aquí interesa, *resulta razonable suponer* que ambas condiciones pueden ser examinadas desde que este beneficio legal es concedido y hasta el momento en que procede tal declaración de extinción, momento en el cual corresponde observar con carácter definitivo el eventual incumplimiento o la aparición de alguna circunstancia limitativa a su concesión. Se trata, como lo expresé en mi voto, de una lectura posible del texto de la norma, en tanto un imputado no se considera "probado" sino hasta que los jueces resuelven que ha cumplido las condiciones, en función del esfuerzo concreto demostrado y de las circunstancias objetivas existentes. Más allá de lo incómoda o penosa que puede parecer dicha interpretación, lo cierto es que asume una posición apropiada en cuanto a que la declaración de extinción de la acción penal, en todos los casos en los cuales se aprovecha este instituto, no opera de "pleno derecho" por el mero transcurso del plazo acordado para la suspensión, sino que depende del cumplimiento u observancia de ambas condiciones. Desde esta perspectiva no puede ser descalificada como una interpretación inválida y la defensa no ha logrado desvirtuarla con sustento en un derecho, principio o garantía constitucional.

Obiter dictum, no dejo de pensar que si el recurrente verdaderamente consideraba que correspondía declarar la extinción de la acción, porque, en su opinión, bastaba con que su defendido hubiera cumplido *por completo* las reglas de conducta impuestas y con que el plazo de suspensión acordado se encontrase fenecido, debió haber exigido al magistrado de primera instancia —sin más trámite— un pronunciamiento de mérito que definiera su situación procesal. El hecho de no haber presentado una petición de esa naturaleza y, por lo contrario, el haber restringido su propia actuación —e intervención— a contestar la vista conferida por el magistrado de grado, después de conocida la sentencia condenatoria firme y pasados varios meses desde que venciera este período de prueba (fs. 68/70 del incidente de ejecución), no parece más que poner de resalto que, también para la defensa oficial, tal declaración de extinción suponía un examen integral del cumplimiento de tales condiciones que aún debía desarrollarse, lo que implica, casualmente, reconocer que ella no operaba de "pleno derecho". De lo contrario, no sería posible comprender el motivo por el cual el recurrente decidió postergar su participación en este proceso, consintiendo o tolerando que el juez de primera instancia ordenase la certificación

completa de los antecedentes penales del encartado luego de que transcurriera ese período de suspensión y que tuvo como consecuencia, desafortunadamente, que dicha suspensión fuera dejada sin efecto.

5. Por último, en el agravio caratulado como "doble estigmatización de Juan Antonio Herrera" (fs. 42 vta.) el defensor oficial nuevamente argumenta que las "reglas de conducta" que el magistrado de primera instancia tuvo por cumplidas, al haberse dejado sin efecto la suspensión del juicio a prueba, no pueden ser consideradas tales, sino que "se transformaron automáticamente en una pena anticipada impuesta de forma ilegítima". En su apoyo recurrió a algunos fundamentos de impacto relacionados con "las actuales condiciones de encierro que brindan nuestras cárceles" (fs. 44) o con los "problemas que ese cumplimiento le trajo aparejado en su vida carcelaria" (fs. 43). Es notorio que el razonamiento desplegado por el recurrente no puede prosperar, pues, con independencia de no haber sido debidamente conectado con un motivo de impugnación constitucional, lo que intenta controvertir es sencillamente la facultad de los jueces para revocar o dejar sin efecto el otorgamiento de este beneficio legal, lo que significa —en realidad— cuestionar el instituto *per se*. En efecto, esta misma argumentación ensayada por la defensa oficial valdría *indistintamente* para un supuesto como el presente en el cual el antecedente condenatorio firme fue conocido con posterioridad al período de suspensión, pero antes de valorarse la concreta observancia de esas reglas de conducta, o para un caso en el que la condena es conocida durante tal período, puesto que, en uno u otro supuesto, el cumplimiento —total o parcial— de las reglas de conducta equivaldría, en definitiva, a la imposición ilícita de una sanción o "pena anticipada" ni bien la suspensión sea dejada sin efecto. En mi opinión, su razonamiento no resiste el mínimo análisis, toda vez que, para que quede más claro: las sanciones o penas son aquellas que taxativa y expresamente establece el Código Penal (art. 5º) y, naturalmente, no son tales las reglas de conducta (art. 27 bis), previstas, por el contrario, como un medio *sustitutivo* a la pena legalmente impuesta en los supuestos de "condenación condicional" o, bien, como un medio *alternativo* a la realización del juicio en los casos de "suspensión del juicio a prueba".

Sintéticamente si bien es cierto que el ordenamiento jurídico argentino reconoce expresamente que uno de los fines de la pena es la resocialización o la "prevención especial" (arts. 75.22, C.N., 5.6, CADH, 26, 40 y 41, C.P., 1º, ley 24.660) ésta no es —ni puede ser nunca— su única justificación, pues la pena encuentra su justificación, además, en razones preventivo-generales y en otras teorías que aseguran que exista una relación de proporcionalidad entre la gravedad del delito y la sanción a imponer. Dicha particularidad es la que distingue a unas de otras, puesto que ella no se presenta con relación a las reglas de conducta que, únicamente, reconocen fines de resocialización. Pretender afirmar que no existe diferencia alguna entre las "sanciones" y las "reglas de conducta" nos conduciría al absurdo de considerar que el Estado impone medidas coercitivas a los individuos inocentes sin argumento alguno que así lo justifique.

Finalmente debo expresar que los fundamentos de impacto que utiliza la defensa en apoyo de su tesitura no sirven a tal objetivo, sino que, en rigor de verdad, resultan sumamente elocuentes para evidenciar que existe cierta incompatibilidad entre ese instituto y su aplicación a supuestos en los cuales el sujeto se encuentra privado de libertad a disposición de otro tribunal. Más allá de lo preocupante de la "situación carcelaria" o de los "serios problemas" que el cumplimiento de las reglas pudo provocarle al imputado, no encuentro razón alguna por la cual cabría conjeturar que, habiéndose dejado sin efecto válidamente la suspensión del juicio, los esfuerzos efectivamente realizados no habrán de ser tenidos en cuenta al momento de sustanciarse el juicio que corresponde celebrar y en la hipótesis —aún incierta— de que se arribe a un resultado desfavorable a los intereses del señor Herrera.

6. Por los motivos que dejo expuestos voto por *hacer lugar* a la queja y *rechazar* el recurso de inconstitucionalidad.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. En primer lugar, debo decir que, como lo expresa el señor procurador fiscal dictaminante —dictamen al que adhieren por vía de remisión los ministros de la CSJN, salvo la señora jueza Carmen M. Argibay—, la interpretación de las reglas que permiten recurrir ante un tribunal local —en este caso, el recurso de inconstitucionalidad— y surten su competencia son cuestiones relativas al derecho local —no referidas al derecho federal, por mucho que se estire este concepto— sobre las cuales rige, en definitiva, aquello que los constituyentes de 1853/60 denominaron como reserva jurisdiccional de las provincias (C.N., 75, inc. 12, numeración actual): radicada una causa ante la justicia local, en ella debería fenecer, al menos, el 99 % de los casos (ley nacional 48, art. 14, encabezamiento). La afirmación parece hoy, al menos frente al dictamen de la Procuración General de la Nación y la sentencia de la CSJN, una absoluta irrealidad, sobre todo en el territorio de la capital de la República.

2. Puede que sentencia definitiva no sea tan sólo la decisión de mérito que culmina todos los pasos de un procedimiento judicial regular y legal; esto es, puede ser que para algunos protagonistas el hecho de cerrar el procedimiento antes del juicio de mérito signifique también "sentencia definitiva" en el sentido de que impide continuar el procedimiento hacia ese juicio y hacia esa decisión. Pero, a mi entender, resulta imposible sostener que una decisión que ordena realizar el juicio signifique "sentencia definitiva". Por supuesto, no se trata de un premio para el imputado el hecho de la realización del juicio y, antes bien, esa realización importa lo que se ha dado en llamar "pena de proceso". Pero lo cierto es que, desde el punto de vista jurídico, el imputado puede plantear en ese juicio todas las defensas que estime corresponder, incluso la suspensión de ese mismo juicio a prueba, con lo cual el argumento relativo a la inviolabilidad de la *defensa en juicio* dista de poder ser comprendido.

3. Más risueña parece la afirmación relativa al *ne bis in idem* y la equiparación de las instrucciones para seguir algunas reglas de conducta con la pena y la reacción

estatal. Muy por el contrario, la suspensión del juicio con fundamento en el art. 76 bis y ss. del C.P. intenta evitar, sobre la base de la noción de reparación, no sólo la pena sino, antes bien, todo el sistema penal por una solución que, aceptada por el imputado, a la ley le parece mejor que la pena. Pero nadie está obligado a conceder la suspensión —ni el tribunal, ni la fiscalía, ni el imputado— o a darla por cumplida inexorablemente una vez vencido el plazo de prueba. Todo lo contrario, la ley exige del tribunal una decisión, después del plazo de prueba, que dé por aprobada la "prueba" al imputado —y, en ese caso, lo sobresea— o, en el caso opuesto, ordene la realización del juicio, juicio que, recuérdese, representaba el modo normal de tratar a la imputación penal y que el imputado logró evitar —aun cuando no definitivamente— mediante la suspensión. Constituye una tergiversación de esa facultad del tribunal de mérito la necesidad, impuesta por el dictamen de la PGN al que se adhiere la CSJN —con la salvedad apuntada—, de finalizar aquí el juzgamiento del imputado. Inexplicablemente se menciona el principio *ne bis in idem* mediante la equiparación de las instrucciones a seguir durante el plazo de suspensión con la pena. Sinceramente, es la primera vez que escucho este argumento (afirmación universal, y no sólo para el derecho argentino).

4. Necesito preguntarme ahora cómo voy a decidir este caso en el cual, con palabras elegantes, pero irrazonables, se pretende indicar un único camino para decidirlo, dada la mención del *bis in idem*: el sobreseimiento. En primer lugar, quiero aclarar que el art. 269 del C.P. (prevaricato) y la garantizada independencia del juez que juzga me impiden aceptar, en contra de mi propia interpretación de la ley, la solución que estima justa otro tribunal, como si fuera una orden, incompatible con la independencia judicial. Sebastián Soler ya expresaba bellas palabras en relación al punto (*Derecho penal argentino*, t. I, 4ª ed. de la Parte General, 8ª reimp., TEA, Buenos Aires, 1978, § 13, II, pp. 106 y ss., y X, pp. 124 y ss.). Pero, además, este Tribunal no posee, por regla general, la competencia de mérito, esto es, para dictar un sobreseimiento, de modo que mi proposición reside en reenviar los autos a los jueces de mérito actualmente competentes para que ellos dispongan el procedimiento y la solución a seguir.

5. A la vista del voto de la señora jueza Conde, advierto que la solución que ella propone sólo presenta una diferencia semántica respecto de la que yo mismo señalo en los puntos anteriores. Por esa razón —esto es, porque ambos coincidimos en que el recurso de inconstitucionalidad no logra exponer con éxito ninguna afectación constitucional—, también voto por rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto y, de conformidad con ello, devolver las actuaciones a la jurisdicción de mérito.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. La Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó la decisión del Tribunal que —por mayoría— había dispuesto el rechazo de la queja deducida por la defensa por no dirigirse contra una sentencia definitiva y, a continuación, devol-

vió el expediente para que se dicte un nuevo fallo. Para decidir de esta manera, el Tribunal cimero —por remisión al dictamen de la Procuración General de la Nación— expresó que no se había dado adecuado tratamiento al planteo de la defensa relativo a la supuesta vulneración en el caso de la prohibición del doble juzgamiento. Así las cosas, corresponde que el Tribunal aborde ahora el apuntado agravio de la defensa.

2. Al respecto, entiendo que los argumentos expresados por el recurrente no pueden tener acogida favorable, pues no existe en la causa ningún pronunciamiento jurisdiccional firme que disponga una condena o una absolución, ni se constatan en el caso repetidos intentos de persecución (conf. mi voto *in re* "Kim, In Jung s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Kim, In Jung s/art. 74, CC'", expte. nº 3790/05, resolución del 1/6/2005). En sentido concordante ya se ha expedido al contestar el traslado del recurso extraordinario federal oportunamente deducido el señor Fiscal General Adjunto ante este Tribunal, al manifestar que "(c)on referencia al agravio vinculado con la vulneración de la prohibición de doble exposición ante la jurisdicción en materia penal *(ne bis in idem)* y la doble estigmatización penal del imputado, entiendo que tal agravio es aparente y no guarda relación con los antecedentes de autos, en tanto la resolución atacada dispuso continuar con el trámite de un proceso suspendido, es decir, no había finalizado; por lo tanto, mal puede hablarse de doble persecución cuando estamos en el mismo proceso, que no se clausuró —en momento alguno— de acuerdo a las formas previstas en la ley" (fs. 108 vta.).

La recurrente además, en mi concepto, tampoco ha demostrado la arbitrariedad de la interpretación del art. 76 ter, C.P. realizada por la Cámara CyF, a la hora de determinar el momento hasta el cual resulta posible dejar sin efecto una suspensión del juicio a prueba, en razón de la toma de conocimiento o invocación de circunstancias que —de haber sido conocidas con anterioridad— habrían impedido su concesión. Cabe destacar, asimismo, que esta cuestión interpretativa ha sido reservada por la Constitución Nacional a los jueces de los tribunales locales (art. 75, inc. 12) como forma de preservar el federalismo según el diseño implementado por la Carta Magna (art. 1º).

Por otra parte, las argumentaciones en torno a la supuesta ilegalidad de la concesión de un recurso de apelación al Ministerio Público Fiscal contra la decisión que declaró extinguida la acción penal en el caso no exceden el marco de una cuestión procesal local y, por tanto, tampoco inciden en la suerte del planteo relativo a la prohibición del *bis in idem*.

Desde esta perspectiva, en suma, no se advierte que la decisión que se pretende impugnar implique una vulneración a la prohibición del doble juzgamiento invocada por la defensa sino una pretensión de otorgar a aquella garantía una extensión de la que carece.

En estos términos, comparto las conclusiones que sobre el punto expresan en sus votos respectivos mis colegas, doctores Ana María Conde y Julio B. J. Maier. De

este modo, entiendo haber dado satisfacción a la exigencia dispuesta en la decisión dictada en estos autos por el Máximo Tribunal federal.

Por todo lo expuesto, el recurso de inconstitucionalidad deducido debe ser rechazado.

Así lo voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. La CSJN en su decisión del 5/2/2008 entendió —al remitirse a lo dictaminado por el señor Procurador General de la Nación— que había una cuestión susceptible de ser llevada a su conocimiento que no había encontrado adecuado tratamiento en el pronunciamiento de este Tribunal del 24/10/2006, por lo que le ordenó que se expidiese a su respecto. Dicha situación zanja toda controversia acerca de si la sentencia de la Sala I de la Cámara Contravencional y de Faltas de la Ciudad del 9/3/2006 cumplía con el requisito de definitiva a que apunta el art. 27 de la ley 402 y si hay controvertida en autos una cuestión susceptible de ser tratada en esta instancia.

2. La cuestión para cuya resolución CSJN devolvió competencia a este Tribunal lleva a interpretar el texto del art. 76 ter del C.P. En efecto, tal como señala la doctora Conde, lo que realmente agravia a la defensa oficial es la interpretación que la Cámara *a quo* le asignó al mencionado artículo con relación al momento en que "la suspensión del juicio a prueba" puede ser dejada sin efecto ante la toma de conocimiento e invocación de "circunstancias" —en el caso, una condena a 11 años de prisión—, que, de haberse conocido con anterioridad habrían impedido su otorgamiento.

3. Aun cuando el planteo descripto en el párrafo que antecede remite, tal como adelanté, a la interpretación que corresponde otorgarle al derecho común —art. 76 ter del C.P.—, ello no obsta su tratamiento en esta instancia porque, conforme lo he señalado en otras oportunidades, una vez suscitada su competencia, no pesa sobre este Tribunal veda alguna en cuanto a la interpretación del derecho local o común, pues no está alcanzado por la reserva del art. 75, inc. 12, de la C.N., ni existe una similar en la CCBA —conf. mi voto *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Verseckas, Emilia María c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)'", expte. nº 3260/04, sent. del 16/3/2005, entre otros—. En tales condiciones, no encontrándose controvertidas cuestiones relativas a los hechos, y en virtud de lo resuelto por la CSJN el 5/2/2008, corresponde a este Tribunal abocarse al análisis de la cuestión propuesta, a saber: hasta qué momento puede ser dejada sin efecto la suspensión de juicio a prueba cuando se encuentra acreditado el supuesto previsto en el tercer párrafo del art. 76 ter del C.P.

4. La Sala I de la Cámara Contravencional y de Faltas revocó la sentencia de primera instancia en cuanto declaró extinguida la acción penal sobreseyendo al señor Herrera del hecho que le fuera imputado en la presente causa (en virtud de lo dispuesto en el párrafo cuarto, primera parte, del art. 76 ter del C.P.). Para

así decidir, sostuvo, en lo que ahora importa, que, a diferencia de lo que entendió el magistrado de primera instancia, "…el planteo introducido por el señor Fiscal de Grado [esto es, la existencia de una condena a 11 años de prisión dispuesta al señor Herrera en el año 1999] no deviene extemporáneo, en atención a que el art. 76 ter, tercer párrafo, establece claramente que la suspensión será dejada sin efecto sin (sic) con posterioridad a su concesión se conocieren circunstancias que modifiquen la estimación acerca de la condicionalidad de la ejecución de la posible condena; acontecimiento que se verifica en el caso de autos" (fs. 33). Concluyó su razonamiento afirmando que la posibilidad de revisar la suspensión otorgada y, de corresponder, su revocación "...encuentra como límite máximo la *decisión firme de declaración de extinción de la acción penal"* (el subrayado no corresponde al original) (fs. 33).

5. Adelanto que asiste razón al recurrente en cuanto sostiene que transcurrido el plazo por el que fue impuesta la suspensión del juicio a prueba y no encontrándose controvertido ni el correcto cumplimiento de las reglas de conducta impuestas, ni la comisión de un delito durante dicho término, no puede ser dejada sin efecto la suspensión otorgada y continuar el proceso sobre la base de que se conocieron, con posterioridad a dicho suceso, "circunstancias" que hubieran impedido su otorgamiento (es decir, invocarse el supuesto previsto en el párrafo tercero del art. 76 ter del C.P.).

5.1. Los párrs. 3º y 4º del art. 76 ter, del C.P. disponen:

La suspensión del juicio será dejada sin efecto si con posterioridad se conocieran circunstancias que modifiquen el máximo de la pena aplicable o la estimación acerca de la condicionalidad de la ejecución de la posible condena.

Si durante el tiempo fijado por el Tribunal el imputado no comete un delito, repara los daños en la medida ofrecida y cumple con las reglas de conducta establecidas, se extinguirá la acción penal. En caso contrario, se llevará a cabo el juicio y si el imputado fuere absuelto se le devolverán los bienes abandonados en favor del estado y la multa pagada, pero no podrá pretender el reintegro de las reparaciones cumplidas (el destacado no corresponde al original).

Los textos transcriptos distinguen entre aquellos supuestos que importan incumplimiento de las cargas a que ha sido sujetado el beneficio, párr. 4º, y aquellos otros que condicionan su otorgamiento, párr. 3º. Cumplidos los extremos del párr. 4º —supuestos de cumplimiento de las cargas para mantener el beneficio—, la ley da por extinguida la acción sin más, mientras que ordena llevarla adelante en caso contrario. Establecer si se está en presencia de una u otra hipótesis requiere ciertamente un pronunciamiento judicial, que puede sobrevenir tanto durante el lapso de suspensión como una vez este concluido. Ello es así, porque, aun cuando pueden ocurrir incumplimientos mucho antes de la expiración de dicho lapso, en cuyo caso un pronunciamiento judicial que deje sin efecto la suspensión puede ser emitido dentro de él, sólo con el agotamiento del plazo de suspensión, y siempre que hayan sido observadas las cargas asumidas por el imputado, quedará extinguida la

acción. En tales condiciones, el pronunciamiento que establezca la extinción de la acción puede tener lugar, y frecuentemente lo tendrá, una vez agotado el plazo. La ley nacional no dispone un término estricto para emitirlo, aunque ciertamente, una vez transcurrido el de suspensión, corre nuevamente el de prescripción de la acción, circunstancia que pone un límite a esa oportunidad.

La sentencia relativa al cumplimiento de las cargas, y consecuente extinción de la acción, tiene efectos puramente declarativos. Ello viene determinado por el lenguaje de la ley, que no exige su emisión, sino el acaecimiento de los hechos que dicha sentencia constata, para que la acción quede extinguida.

El párr. 3º deja a salvo que las circunstancias que habrían obstado al otorgamiento de la suspensión operan efectos aun cuando fueren conocidas después de acordado. No pone vencimiento a esa oportunidad. Pero, así como el tiempo oportuno para la emisión del pronunciamiento acerca de las circunstancias del párrafo 4º viene limitado por el agotamiento de la acción por prescripción, desaparece la posibilidad de revocación causada por el supuesto previsto en el párr. 3º, también por la extinción de la acción, cuando se verifica el cumplimiento de las cargas previstas en el párr. 4º. En otras palabras, agotada la acción no queda ya sitio para revocar la suspensión; en verdad, porque hacerlo sería abstracto.

Lo expuesto arroja las siguientes conclusiones: la decisión que resuelve suspender el juicio a prueba no otorga al imputado derecho a obtener la extinción de la acción penal y, menos aún, uno que impida dejarla sin efecto y reiniciar el juicio suspendido. Consecuentemente, el supuesto contemplado en el párrafo tercero, puede ser invocado durante todo el tiempo que dure la suspensión. Ahora, una vez vencido dicho plazo se consolida a favor de imputado, si cumplió correctamente con las condiciones impuestas —esto es, *i)* el cumplimiento de la reglas de conducta, *ii)* la reparación del daño en la medida ofrecida y *iii)* la no comisión de un delito durante el mencionado plazo—, su derecho a que dé por extinguida la acción penal; situación que lleva a que sólo pueda controlarse el correcto cumplimiento de dichas condiciones y, por ende, impide que puedan invocarse hechos que hayan tenido lugar con anterioridad al otorgamiento de la suspensión, es decir, las "circunstancias" a que apunta el supuesto del párrafo tercero. En resumen, si durante la suspensión del juicio a prueba se conocen e invocan: *i)* "circunstancias" "...que modifiquen el máximo de la pena aplicable o la estimación acerca de la condicionalidad de la ejecución de la posible condena"; o *ii)* incumple el imputado las condiciones impuestas, la suspensión será dejada sin efecto; mientras que, una vez vencido el plazo establecido para la suspensión sólo se podrá comprobar el correcto cumplimiento durante ese período de las obligaciones impuestas, puesto que, de estar éstas cumplidas, se habrá consolidado el derecho del imputado a que se tenga por extinguida la acción.

Cabe señalar que lo expuesto no conlleva pronunciamiento acerca de las características que reúnen las reglas de conducta, sino, únicamente, acerca de qué alcance corresponde otorgarle a las previsiones del párrafo cuarto del art. 76 ter.

6. En el caso, conforme surge de las constancias de la causa, y no está controvertido en autos, el 23/9/2004, el juez de primera instancia, una vez realizada la audiencia prevista en el art. 293 del CPPN, resolvió suspender el juicio a prueba con relación al señor Herrera por el término de un año imponiéndole durante ese término las siguientes reglas de conducta: *i)* abstenerse de usar estupefacientes o bebidas alcohólicas; *ii)* asistir a la escuela; *iii)* realizar estudios o prácticas necesarios para su capacitación laboral profesional; y *iv)* "...realizar trabajos no remunerados a favor del Estado mientras dure su privación de libertad a cumplirse en el centro de detención y en la eventualidad de su egreso en una institución pública dependiente del GCBA y en el radio de esta ciudad más cercana al domicilio del encartado, a razón de dos horas semanales consistentes en tareas de limpieza o colaboración en la elaboración o distribución de productos alimentarios...". El 22/11/2005 el Ministerio Público Fiscal solicitó que se dejase sin efecto la suspensión del juicio sobre la base de *i)* que el 11/6/1999 el imputado había sido condenado por el Tribunal en lo Criminal Nº 2 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora a 11 años de prisión; y *ii)* que había incumplido las reglas de conducta impuestas. El 12/12/2005 el juez de primera instancia declaró extinta la acción. Fundó su decisión, en primer lugar, en que el señor Herrera había cumplido suficientemente las reglas de conducta impuestas y, en segundo, en que el planteo relativo al antecedente condenatorio resultaba extemporáneo porque había sido invocado una vez trascurrido el año de suspensión. Esa decisión fue apelada por el ministerio público fiscal, únicamente, con relación a la interpretación que realizó el juez de mérito del art. 76 ter que lo llevó a concluir que la invocación del antecedente condenatorio resultaba extemporánea. La Cámara, a su turno, arribó a la solución que luce en el punto 3 de este voto. En tales condiciones, dado que el plazo fijado para la suspensión venció el 23/9/2005, no encontrándose controvertido el cumplimiento de ninguna de las condiciones que dispone el párr. 4º del art. 76 ter y dado que la "circunstancia" tenida en cuenta por la Cámara para resolver como lo hizo fue invocada por los fiscales que intervinieron el 22/11/2005, esto es, a casi dos meses de vencido el plazo fijado para la suspensión del juicio, corresponde, a la luz de expuesto en el punto que antecede, dejar sin efecto lo resuelto por el *a quo* y declarar extinguida la acción, por resultar el argumento invocado por la fiscalía, tal como señaló el juez de primera instancia, extemporáneo .

Por ello, voto por, revocar la decisión de la Sala I de la Cámara Contravencional y de Faltas de la CABA del 9/3/2006, declarar extinguida la acción penal y, consecuentemente, sobreseer al señor Herrera respecto del hecho imputado en el *sub examine*.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Visto el pronunciamiento de la CSJN de fecha 5/2/2008, y dado que ya me he pronunciado acerca del carácter de equiparable a definitiva de la sentencia recurrida como así también respecto del fondo de la cuestión, mantengo mi voto el cual fuera expresado en los siguientes términos (conf. resolución del 24/10/2006):

"*1.* Llegan las presentes actuaciones a conocimiento del Tribunal en virtud de un recurso de queja que interpuso la defensa del señor Juan Herrera contra la sentencia de la Sala I de la Cámara que desestimó su recurso de inconstitucionalidad. Este último tiene por objeto impugnar la resolución a través de la cual la Cámara revocó la declaración de extinción de la acción penal y el sobreseimiento que había dictado el señor juez de grado. El fundamento esgrimido es que la sentencia de la alzada sería violatoria de los principios constitucionales de legalidad procesal y juicio previo (fs. 36); del sistema acusatorio y la garantía de imparcialidad de los jueces (fs. 37 vta.); de la garantía de *ne bis in idem* (fs. 39 vta.); e incurriría en una doble estigmatización del procesado (fs. 42 vta.).

De fs. 53 a 64 vta. del recuso de queja la defensa desarrolla los agravios que planteó al interponer el recurso de inconstitucionalidad ya referidos, cita los fundamentos utilizados por los señores camaristas para desestimarlos y realiza una crítica particularizada de estos últimos.

Entiendo que la queja es procedente dado que los señores camaristas debieron indicar por qué la interpretación que sustentan no afecta los derechos y garantías constitucionales invocados.

No suple tal carencia la recurrente afirmación dogmática según la cual la interpretación de normas infraconstitucionales no sería pasible de revisión a través del recurso de inconstitucionalidad (conf. fs. 47, 47 vta. y 48). En efecto, y como bien señala la defensa (fs. 54 vta.), sí es factible controlar a través de un recurso de inconstitucionalidad la interpretación de normas infraconstitucionales cuya adecuación constitucional es cuestionada.

2. Corresponde ahora analizar la procedencia del recurso de inconstitucionalidad (art. 27, ley 402).

En primer lugar hay que decidir si fue interpuesto contra una sentencia equiparable a una definitiva. La defensa sostiene que la interpretación dada por la Cámara al art. 76 ter C.P., según la cual es posible revocar la suspensión de juicio a prueba en virtud de razones acaecidas o conocidas aún después de vencido el plazo de suspensión, viola las garantías del debido proceso.

Tal como desarrollaré más adelante, de tener razón la postura de la defensa, el vencimiento del plazo de suspensión de juicio a prueba en ausencia de acto jurisdiccional válido y oportuno que la deje sin efecto implica el agotamiento de la voluntad persecutoria estatal, y como consecuencia otorga derecho inmediato a no ser sometido a proceso.

3. La norma cuya interpretación se discute establece —en lo que aquí interesa— que:

'[l]a suspensión del juicio será dejada sin efecto si con posterioridad se conocieran circunstancias que modifiquen el máximo de la pena aplicable o la estimación acerca de la condicionalidad de la ejecución de la posible condena. Si durante el tiempo fijado por el tribunal el imputado no comete delito, repara los daños en la medida ofrecida y cumple con las reglas de conducta establecidas, se extinguirá la acción penal'.

4. Es dable aquí señalar que en los presentes autos se dictó la suspensión de juicio a prueba el día *23/9/2004* (fs. 2), que el *16/11/2005* se incorporó al expediente la certificación de un antecedente condenatorio (fs. 22 vta.), que el *24/11/2005* el señor fiscal de grado solicitó se deje sin efecto el beneficio otorgado (fs. 15), y que el *12/12/2005* el señor juez de grado declaró la extinción de la acción penal y dictó el sobreseimiento del señor Herrera. A su vez como particularidad señalo que el señor Herrera al momento de dictarse la suspensión se encontraba detenido a disposición del Tribunal Oral Nº 1 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires.

5. La Cámara para fundar la revocatoria de la sentencia de primera instancia sostuvo que la posibilidad de dejar sin efecto la suspensión tiene 'como límite máximo la decisión firme de declaración de extinción de la acción penal' (fs. 33).

Para así decidir realizó una calificación del instituto de la suspensión de juicio a prueba en los siguientes términos: 'uno de los fines de la *probation* consiste en evitar que los sujetos que cometen ilícitos por primera vez queden dentro de la estigmatización que produce una sentencia condenatoria; extremo que no se verifica en este caso por cuanto el encartado Juan Antonio Herrera no puede ser considerado *primario* por haber sido condenado con fecha 11/6/1999' (fs. 33 y vta.).

Respecto de la forma y oportunidad en que se conocieron los antecedentes del señor Herrera señala que "no puede dejar de destacarse que en la presente causa se ha omitido una completa certificación de los antecedentes del imputado, pues no ha sido solicitado informe alguno a la Policía Federal Argentina" (fs. 33).

6. Tal como surge del relato precedente, en estos actuados, los antecedentes del señor Herrera no fueron conocidos en tiempo oportuno por imposibilidad o impericia de los agentes encargados de gestionar la pretensión punitiva estatal.

A pesar de ello, el señor fiscal de primera instancia apela la resolución del juez y alega —ignorando la garantía constitucional de negarse a colaborar en su propia persecución penal de la que goza todo imputado— que 'teniendo la certera presunción de que la Defensa Oficial ignoraba la existencia del antecedente condenatorio referido, esta Fiscalía no puede dejar de soslayar que el imputado, entonces, cuando menos violó un deber ético-jurídico de raigambre superior que trasciende el cumplimiento de las condiciones pactadas' (fs. 22 vta.).

Por último, y tal como ya fue señalado, la Cámara revoca la decisión de primera instancia a pesar de advertir 'que se ha omitido una completa certificación de antecedentes'.

7. Respecto de la interpretación que realiza la Cámara del art. 76 ter del C.P. entiendo que ella se aparta del texto de la ley y es incongruente con los principios que deben regir toda interpretación en materia de garantías, en especial el *pro homine*.

El texto de la norma ya citado establece que si durante el tiempo fijado por el tribunal, el imputado no comete delito, repara los daños en la medida ofrecida y cumple con las reglas de conducta establecidas, se extinguirá la acción penal. Por lo tanto el lapso a considerar es el establecido por el juez —en el caso un año—.

No estamos entonces ante una simple pauta de razonabilidad sujeta al arbitrio jurisdiccional. Es la propia ley la que establece que el cumplimiento del plazo previsto sin que se hayan producido alguna de las causales que habilitan al juez a dejarla sin efecto, implica el agotamiento de la voluntad persecutoria estatal y extingue la acción penal. En el caso al tiempo de agregarse en autos la certificación de un antecedente condenatorio (25/11/2005) del señor Herrera, el plazo de la suspensión del juicio estaba agotado (23/9/2004 al 23/9/2005), de donde surge que el criterio que adopta la Cámara implica el apartamiento de la ley y la extensión de hecho del término de la suspensión de juicio a prueba.

Es necesario recordar aquí que la obligación dirigida a los jueces de interpretar de la manera más restrictiva posible —consecuencia obligada del principio de legalidad material— les impone descartar cualquier posibilidad de ampliar, por vía de la hermenéutica judicial, el poder punitivo estatal habilitado por las normas emanadas del órgano legislativo.

La ineficacia de la acción punitiva estatal por impericia o falta de celeridad de los agentes estatales encargados de instrumentarla no puede ser utilizada en contra del procesado. Dicho en otros términos, las normas constitucionales que rigen el debido proceso impiden cualquier intento de subsanar errores que no son atribuibles al procesado sino al Estado.

8. Por último, no puedo dejar de señalar que el argumento utilizado por la Cámara según el cual la suspensión de juicio a prueba es una herramienta que tiene por finalidad evitar la estigmatización social de quien comete un ilícito por primera vez es poco feliz.

Por un lado porque el goce de las garantías constitucionales no es un premio o beneficio sujeto a la aplicación selectiva por parte de los jueces; y por el otro porque el Estado no puede desentenderse de las consecuencias de las políticas que aplica y por lo tanto es el responsable de la estigmatización y discriminación que pueda sufrir cualquier habitante, incluidos quienes hayan cometido delitos de manera reiterada.

9. Por todo lo expuesto voto por hacer lugar al recurso de queja, declarar mal denegado el recurso de inconstitucionalidad, revocar la sentencia de la Cámara y confirmar la sentencia de primera instancia".

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Hacer lugar* al recurso de queja agregado a fs. 51/66.

2º. *Rechazar* el recurso de inconstitucionalidad cuya copia obra a fs. 35/44.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita esta queja, junto con las restantes actuaciones vinculadas a este proceso, a la Sala I de la Cámara CyF.

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

CXXVII

"CONDE, DARÍO MIGUEL S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'CONDE, DARÍO MIGUEL C/GCBA (DIRECCIÓN GENERAL DE ESPACIOS VERDES, DEPARTAMENTO ARBOLADO URBANO) S/DAÑOS Y PERJUICIOS'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Requisitos.
Acordada 4/07, CSJN. Cuestión federal. Arbitrariedad de sentencia.

SUMARIOS:

1. Es una facultad privativa de los jueces de mérito establecer el alcance de las pretensiones de las partes, y carece de sustento el planteo referido a la afectación del principio de congruencia, si el recurrente no demuestra que los magistrados han excedido los límites de su competencia, u obrado por fuera del campo de actuación que les abren la pretensión, las defensas opuestas y los hechos probados a la luz de la regla del *iura novit curia. (Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

2. El juez no se encuentra obligado a tratar todos los argumentos presentados por las partes sino solamente aquellos pertinentes para la solución del caso. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

3. La causal de arbitrariedad de sentencia es de aplicación estricta y excepcional, y no puede estar fundada únicamente en la discrepancia con la interpretación de cuestiones de hecho, prueba y derecho local no constitucional que, en principio, son cuestiones privativas de los jueces de mérito. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces Julio B. J. Maier y Ana María Conde. En sentido concordante ver voto del señor juez José O. Casás).*

Expte. nº 5221/07 - 18/6/2008

VISTO:

el expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. El señor Miguel Darío Conde, a través de su apoderado el doctor Aldo Luis Grampa interpone recurso extraordinario federal (fs. 240/250) contra la sentencia de este Tribunal de fecha 19/3/2008 (fs. 221/236).

2. El recurso es contestado por el GCBA, que solicita su rechazo (fs. 258/268).

FUNDAMENTOS:

La jueza Ana María Conde dijo:

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

2. Además de no haber cumplido eficientemente con todos los requisitos que hacen a la admisibilidad del recurso extraordinario conforme lo establecido por la Acordada 4/07 de la CSJN —lo que bastaría por sí solo para desestimarlo—, el recurrente no ha logrado plantear con la seriedad debida una cuestión federal que habilite la competencia de excepción ante la Corte Suprema de Justicia (art. 14, ley 48).

3. En relación con el contenido del recurso, cabe destacar que el recurrente efectúa una invocación genérica de cláusulas constitucionales supuestamente vulneradas; sostiene que la sentencia recurrida "implica el desconocimiento de los principios sustentados en los arts. 11, 12, inc. 5º y 13, inc. 3º de la CCBA y 16, 17 y 18 de la C.N. (fs. 242), pero los agravios no han sido desarrollados de manera eficiente (conf. art. 280, CPCC) ni sustentados con la argumentación seria y fundada que un recurso de esta naturaleza requiere.

La Corte Suprema ha establecido que la sola mención de preceptos no basta para abrir la vía extraordinaria (doctrina de *Fallos,* 165:62; 181:290; 266:135; 310:2306; y muchos otros) y que la relación directa que la ley exige existe sólo cuando la solución de la causa requiere necesariamente la interpretación del precepto constitucional aducido (*Fallos,* 187:624; 248:129, 828; 268.2479). De otro modo, la jurisdicción de la Corte Suprema sería indebidamente privada de todo límite, pues no hay derecho que en definitiva no tenga raíz y fundamento en la Constitución Nacional, aunque esté directa e inmediatamente regido por el derecho no federal (*Fallos,* 295:335; 310:2306).

4. En cuanto a la invocación de la arbitrariedad de la sentencia, hay que destacar que ese motivo, desarrollado por la CSJN en *Fallos,* 184:137, es estricto, pues atiende a cubrir casos de carácter excepcional (*Fallos,* 312:246, 389, 608, entre otros).

Al considerar estos agravios en la resolución que trató el recurso de queja, este Tribunal —por mayoría— entendió que el recurso por arbitrariedad "no tiene por objeto la corrección en tercera instancia, de sentencias equivocadas o que se estimen tales, sino que atiende sólo a supuestos de extrema gravedad en los que la decisión conduzca a resultados insostenibles" (fs. 225).

El presente recurso extraordinario federal muestra la misma falencia, ya que se limita a reiterar los mismos planteos, al sostener, por ejemplo que "hay arbitrariedad ya que los gastos reclamados por el actor y expresamente reconocidos en las distintas pericias son inconmensurablemente mayores que los otorgados" (fs. 248 vta.), sin lograr acreditar concretamente una violación a un derecho o interés protegido por el ordenamiento jurídico constitucional.

En efecto, en su presentación, el recurrente intenta calificar de arbitraria la resolución del Tribunal Superior sosteniendo que en la misma "se prescinde evaluar prueba decisiva para la correcta solución del caso y se sustentan aserciones de carácter dogmático" (fs. 241 vta.), pero no logra demostrar cuáles serían sus vicios lógicos o argumentativos o de qué forma la sentencia quedaría descalificada

como acto judicial. En rigor, la impugnación articulada sólo pone de manifiesto su desacuerdo con lo decidido sin advertir que "la tacha de arbitrariedad 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 y otros)".

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

Los jueces Julio B. J. Maier y Luis F. Lozano dijeron:

Adherimos al voto de nuestra colega, la jueza Ana María Conde.

El juez José O. Casás dijo:

Adhiero al voto de la señora jueza de trámite, doctora Ana María Conde, en tanto expresa acabadamente los motivos por los cuales el recurso extraordinario federal interpuesto por la parte actora a fs. 241/250 vta. no puede prosperar, en tanto no ha planteado una cuestión federal susceptible de habilitar la competencia de excepción en los términos del art. 14 de la ley 48.

En definitiva, el remedio intentado se sostiene únicamente en la disconformidad del actor con el pronunciamiento de este Estrado de fecha 19/3/2008 que, si bien por un lado revocó la sentencia de Cámara en cuanto al monto de la reparación por daño moral otorgado y en punto a la imposición de costas allí efectuada, por otro rechazó los restantes agravios propuestos en la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en tanto aquellas cuestiones resultaban ajenas a la competencia atribuida en el art. 113, inc. 3º, de la CCBA puesto que sólo pretendían de este Tribunal una nueva valoración de los hechos, pruebas y piezas del proceso a la ya efectuada por los jueces de mérito.

Dado que los planteos esgrimidos sólo reiteran argumentos expuestos con anterioridad pero en modo alguno logran poner en evidencia que la sentencia ahora recurrida exhiba deficiencias lógicas en el razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, el recurso extraordinario federal debe ser denegado, con costas (art. 68, CPCCN).

Así lo voto.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

El recurso extraordinario federal en análisis satisface los requisitos exigidos por el art. 2º de la Acordada 4/07 de la CSJN y ha sido interpuesto en tiempo y forma.

El recurrente plantea una cuestión federal en tanto alude a la violación de los arts. 16, 17, 18 y 31 de la C.N. y califica a la resolución atacada como arbitraria por ser meramente dogmática y apartarse injustificadamente de las constancias de

la causa (arbitrariedad). En atención a lo expuesto voto por conceder el recurso presentado por la actora.

Por ello y, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal planteado por Miguel Darío Conde, con costas.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva como está ordenado a fs. 236, punto 6.

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

CXXVIII

"L., P. A. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'L., P. A. C/GCBA S/REVISIÓN CESANTÍAS O EXONERACIONES DE EMPLEO PÚBLICO'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Requisitos. Acordada 4/07 CSJN. Cuestión federal. Derecho local. Derecho común. Arbitrariedad de sentencia.

SUMARIOS:

1. Cabe denegar el recurso extraordinario federal cuando se requiere la consideración de normas de derecho local relativas al empleo público para que la Corte Suprema de Justicia de la Nación sustituya a los jueces de grado en la interpretación del derecho local y común. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhieren los señores jueces Alicia E. C. Ruiz, José O. Casás y Luis F. Lozano).*

2. Dado el carácter excepcional de la jurisdicción extraordinaria, la norma federal invocada debe vincularse de manera estrecha con la materia del litigio, de modo que su dilucidación sea indispensable para la decisión del juicio. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhieren los señores jueces Alicia E. C. Ruiz, José O. Casás y Luis F. Lozano).*

3. La admisibilidad del recurso extraordinario federal por arbitrariedad es estricta pues no subsana el defecto de carencia de cuestión federal bastante, ni tiene por objeto valorar nuevamente la prueba o interpretar el derecho común vigente. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhieren los señores jueces Alicia E. C. Ruiz, José O. Casás y Luis F. Lozano).*

4. Cabe denegar el recurso extraordinario federal cuando no se cumplen eficientemente con todos los requisitos que hacen a su admisibilidad conforme lo

establecido por la Acordada 4/07, CSJN. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhieren los señores jueces Alicia E. C. Ruiz, José O. Casás y Luis F. Lozano).*

Expte. nº 5479/07 - 18/6/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

P. A. L. interpuso recurso extraordinario federal (fs. 170/ 187) contra la resolución del 19/3/2008, por la que el Tribunal rechazó los recursos de queja y de inconstitucionalidad planteados por ella.

El recurso fue contestado por el GCBA, quien solicitó su rechazo (fs. 191/196).

FUNDAMENTOS:

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Pese a haber cumplido la recurrente con los requisitos formales exigidos, el recurso extraordinario federal deducido no es admisible.

2. En efecto, el escrito de interposición del recurso extraordinario reitera prácticamente —en su totalidad— la fundamentación del recurso de queja de fs. 99/131 vta. y éste la del recurso de inconstitucionalidad de fs. 64/92. El Tribunal, por mayoría, consideró improcedente la queja —en apretada síntesis— porque no criticaba la decisión de la Cámara que rechazó el recurso de inconstitucionalidad (conf. punto 8, del voto de la doctora Conde y punto 2 del voto del doctor Lozano, al que adhiere el doctor Casás).

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; 311:100, entre muchos otros).

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

En el caso, la actora cuestionó la decisión que dispuso su exoneración como obstétrica del Hospital General de Agudos “Ignacio Pirovano” del GCBA.

Como puede advertirse, el caso trata aspectos de la relación de empleo público que ligó a la actora con la Ciudad de Buenos Aires. La decisión que la recurrente requiere de la Corte federal exigiría del Alto Tribunal la consideración de normas de derecho local relativas al empleo público, es decir, se pretende que la Corte sustituya a los jueces de grado en la interpretación del derecho local y común (in-

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

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

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

5. El recurso interpuesto se reduce, en rigor, a alegar la arbitrariedad de la sentencia de los tribunales de mérito locales y de este Tribunal y, en consecuencia, pretende introducir la cuestión constitucional federal 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 (aunque responsable de esta doctrina y de su abuso) en pronunciamientos aislados, pero acertadamente recatados, se considera estricta, esto es, no subsana el defecto de carencia de cuestión federal bastante, ni tiene por objeto valorar nuevamente la prueba o interpretar el derecho común vigente. El remedio intentado, con relación a este agravio, resulta inadmisible en tanto se sostiene, básicamente, en la mera discrepancia de la recurrente con la interpretación efectuada por los tribunales locales y por el Tribunal en su sentencia. "La doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia, ni corregir fallos equivocados (...), sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que, deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la sentencia fundada en ley a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N." (*Fallos,* 312:246; 389, 608, 1839, entre otros). En verdad, el recurso utiliza la palabra "arbitrariedad" como sinónima de agravio —en la teoría de los recursos— o de perjuicio irrogado por la sentencia que no le es favorable.

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.

Los jueces ALICIA E. C. RUIZ y JOSÉ O. CASÁS dijeron:

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

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Adhiero al voto de mi colega, Julio B. J. Maier, por cuanto como allí se indica, la ausencia de cuestión federal comprometida (v. punto 3 y 4), constituye motivo suficiente para denegar el recurso extraordinario federal planteado a fs. 169/187.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Coincido con el voto del señor juez de trámite, doctor Julio B. J. Maier. El recurso extraordinario interpuesto por la recurrente no puede prosperar, toda vez que no se ha logrado demostrar la existencia de una cuestión federal que permita acceder a los estrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Sólo considero oportuno agregar que además de los motivos señalados, la recurrente no ha cumplido eficientemente con todos los requisitos que hacen a la admisibilidad del recurso extraordinario conforme lo establecido por la Acordada 4/07 de la CSJN, lo que bastaría por sí solo para desestimarlo.

En esa inteligencia, advierto que el escrito bajo análisis no satisface el estándar mínimo prefijado por su Acordada, pues se incurre en "reiteraciones" innecesarias (art. 3º), varias de sus páginas sobrepasan los veintiséis (26) renglones reglamentarios (por ejemplo, ver fs. 171 vta. y 172 vta.), no se refutan "todos y cada uno de los fundamentos independientes que den sustento a la decisión apelada" (art. 3.d); y no se invoca, ni demuestra "que media una relación directa e inmediata entre las normas federales invocadas y lo debatido y resuelto en el caso" (art. 3.e).

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal planteado por P. A. L., con costas.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva como está ordenado a fs. 163, punto 2.

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

CXXIX

"TECNO SUDAMERICANA S.A. C/GCBA S/IMPUGNACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Requisitos. Acordada 4/07, CSJN. Cuestión federal. Derecho público local.

SUMARIOS:

1. Las decisiones por las cuales los tribunales locales declaran la improcedencia de los recursos de orden local que se interponen ante ellos no son revisables en la instancia extraordinaria, salvo que medie un apartamiento de las constancias del juicio o cuando el examen de los requisitos de admisibilidad del recurso local se efectúe con un injustificado rigor formal que afecte la garantía de la defensa en juicio. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante ver voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

2. Las cuestiones de derecho público local son, por regla, ajenas al control de la Corte Suprema de Justicia de la Nación por vía del recurso extraordinario federal. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante ver voto del señor juez José O. Casás).*

3. Cabe denegar el recurso extraordinario federal cuando la presentación no se adecua a los requisitos estipulados por el reglamento aprobado por la Acordada 4/07, CSJN. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 5494/07 - 18/6/2008

VISTO:

el expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. Tecno Sudamericana S.A. dedujo recurso extraordinario (fs. 549/565) contra la decisión de fecha 19/3/2008 (fs. 525/545) por la que el Tribunal decidiera, por mayoría, declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad que había interpuesto.

2. El recurso fue contestado por el GCBA (fs. 570/590), quien solicitó su rechazo.

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. Pese a haber cumplido con los requisitos extrínsecos de tiempo y forma exigidos ritualmente, el recurso extraordinario federal deducido no es admisible ya que no plantea una "cuestión federal".

2. En primer lugar, corresponde aplicar la reiterada doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, según la cual las decisiones por las cuales los tribunales locales declaran la improcedencia de los recursos de orden local que se interponen ante ellos, en principio, no son revisables en la instancia extraordinaria (conf. *Fallos,* 299:268; 302:1040; 307:819; 311:101, entre muchos otros; y TSJBA, causa 2184/03, "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Hernández, Leonardo Javier c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", resolución del 13/8/2003), dado que ponderar si se encuentran reunidos los requisitos de admisibilidad de un recurso local constituye una cuestión de hecho y de derecho procesal.

Tal doctrina admite excepción cuando media un apartamiento de las constancias del juicio o cuando el examen de aquellos requisitos se efectúa con un injustificado rigor formal que afecta la garantía de la defensa en juicio, pero, como veremos a continuación, ello no ocurre en el presente caso.

3. La parte recurrente califica a la sentencia cuestionada como "arbitraria" y lesiva de sus derechos constitucionales a la propiedad, el debido proceso y el principio de legalidad tributaria.

La admisibilidad del recurso extraordinario por arbitrariedad —causal establecida por la Corte Suprema a partir de *Fallos,* 184:137— tiende a cubrir casos de carácter excepcional (*Fallos,* 312:246, 389:608, entre otros) y "...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 válidos..." (*Fallos,* 235:654; 244:384; 248:129, 528 y 584 y otros).

Sin embargo, el recurrente no demuestra cuáles serían sus defectos lógicos o argumentativos o de qué forma la sentencia quedaría descalificada como acto judicial, sino que se limita a poner de manifiesto su desacuerdo con las razones en que se funda la sentencia.

En otras palabras, Tecno Sudamericana insiste con los mismos planteos que fueron analizados y desestimados por este Tribunal, pero no realiza una refutación concreta y razonada de los fundamentos que dan sustento a la decisión apelada, lo que le quita sustento a su invocación de arbitrariedad.

4. A mayor abundamiento, cabe señalar que en el presente recurso, y a lo largo de todo el proceso, lo que ha hecho la actora es proponer una interpretación distinta de un concepto ("consumidor final") contenido en distintas normas infraconstitucionales del derecho público local (ordenanzas fiscales) y referido a un impuesto local (impuesto a los ingresos brutos), así como su aplicación al caso de autos.

No se advierte, entonces, cuál sería el interés federal comprometido en esta causa, siendo aplicable en consecuencia la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación según la cual los asuntos de esta naturaleza son, por regla, ajenos a su control por vía del recurso extraordinario federal (*Fallos,* 285:410; 286:87; 291:356; 308:551, entre otros), pues el respeto a las autonomías locales requiere que se reserve a sus jueces el conocimiento y decisión definitiva de las causas que,

en lo sustancial, versan sobre la interpretación y aplicación de las leyes y disposiciones de orden local (*Fallos,* 289:336; 293:226; 296:642; 311:2004; 323:1217, entre muchos otros), como ocurre en este proceso.

No existe cuestión federal si los agravios involucran cuestiones de derecho público local (*Fallos,* 315:1074), ya que la Corte no está autorizada para modificar la interpretación de las normas locales llevadas a cabo por los jueces provinciales, sino sólo para revisar la compatibilidad de las normas así interpretadas con la Constitución Nacional (*Fallos,* 319:687).

5. En conclusión, el recurrente efectúa una invocación genérica de cláusulas constitucionales supuestamente vulneradas (arts. 17, 18 y 28, C.N.), pero no las desarrolla ni relaciona con la cuestión debatida en la causa de manera que permita sustentar un verdadero caso federal. En tal sentido, los agravios no han sido desarrollados de manera eficiente (conf. art. 280, CPCC) ni sustentados con la argumentación seria y fundada que un recurso de esta naturaleza requiere.

La Corte Suprema ha establecido que la sola mención de preceptos no basta para abrir la vía extraordinaria (doctrina de *Fallos,* 165:62; 181:290; 266:135; 310:2306; y muchos otros) y que la relación directa que la ley exige existe sólo cuando la solución de la causa requiere necesariamente la interpretación del precepto constitucional aducido (*Fallos,* 187:624; 248:129, 828; 268.2479). De otro modo, la jurisdicción de la Corte Suprema sería indebidamente privada de todo límite, pues no hay derecho que en definitiva no tenga raíz y fundamento en la Constitución Nacional, aunque esté directa e inmediatamente regido por el derecho no federal (*Fallos,* 295:335; 310:2306).

6. Por todo lo expuesto, corresponde denegar el recurso extraordinario federal, con costas a la vencida por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 68, CPCCN).

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

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

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. El recurso extraordinario federal 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 contra una sentencia que en el ordenamiento local reviste carácter definitivo (art. 14 de la ley 48, arts. 256 y 257 del CPCCN). Sin embargo, no puede prosperar.

2. En el escrito de interposición del remedio federal "Tecno Sudamericana S.A." reitera, en lo sustancial, lo expuesto en el recurso de inconstitucionalidad que fuera denegado por este estrado.

Al emitir mi voto en el momento de fallar sobre el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la aquí recurrente, entendí: *a)* que si bien debía considerarse correctamente concedido el recurso por la Cámara en punto a la afectación del

principio de legalidad tributaria, la recurrente sólo había logrado expresar en su argumentación una interpretación diversa de las normas de derecho público local aplicables —consiguientemente infraconstitucionales— referentes a qué debía entenderse por "consumidor final", normas que por novedosas y por carecer de técnica legislativa depurada, impedían definir la cabal intención del legislador en términos de la función extrafiscal asignada a los beneficios que otorga —minoración de la alícuota o exención— por lo que su disconformidad, desacuerdo o discrepancia con la efectuada por la Cámara, no alcanzaba para poner en crisis esta última, hecho el cuestionamiento a partir del principio constitucional de reserva de ley... ni en los términos de la doctrina elaborada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto de las sentencias arbitrarias", más aun cuando la interpretación de normas de derecho público local no excitaba la competencia de este Estrado, a diferencia de lo que ocurre de ordinario frente a preceptos tributarios federales, cuya hermenéutica habilita la intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación por vía del remedio procesal contemplado en el art. 14 de la ley 48, y *b)* que respecto a la improcedencia de la multa impuesta en razón de no existir dolo, culpa o negligencia en el obrar de la recurrente por cuanto su omisión en el pago del tributo se encontraría justificada por la existencia de error excusable de derecho, le asistía razón a la contribuyente porque existían encontradas interpretaciones sobre el concepto de "consumidor final" o "público consumidor" tanto en el campo de la Administración Fiscal local, como en el de la Justicia Contencioso Administrativa y Tributaria de la Ciudad. Para así considerarlo resalté que la Sala II, al prevenir en su decisorio que, en este caso, variaba en la interpretación sobre el tratamiento fiscal de los ingresos involucrados por razones de economía procesal, no hacía más que "conservar *in pectore* el criterio originariamente sustentado por la Sala en otra sentencia, que bien podría haber favorecido la pretensión de la contribuyente, lo que no se compadece, desde el punto de visto estricto de la lógica, con *descartar la existencia de duda u oscuridad para la recta lectura de la* norma". Asimismo, sostuve que la actitud asumida por la Cámara de ser inflexible con el obligado tributario, sin hacerse cargo de los propios precedentes, "representa un comportamiento que se desentiende de la doctrina de los propios actos —*venire contra factum proprium non valet*—, ya que los jueces deben ser consecuentes y no incurrir en un obrar contradictorio en aras de la confianza y de la seguridad jurídica".

3. Sin embargo, más allá de que mi postura particular —expresada precedentemente— no constituyó, en el segundo aspecto, el criterio seguido mayoritariamente en el pronunciamiento definitivo a que se arribó en este Estrado, ello no permite calificar la sentencia de este Tribunal como arbitraria, argumento central expuesto por la recurrente para fundar su recurso extraordinario federal (fs. 550 vta.). Por lo demás, no corresponde a un Tribunal expedirse sobre la arbitrariedad de su pronunciamiento, pues, como principio, sería ilógico que descalifique una resolución propia por esa causal, salvo que se demostrara, sobradamente, su inconsistencia.

Es que, los argumentos brindados en el recurso extraordinario incoado no alcanzan para tener por configurada una cuestión federal, en tanto los reproches

esgrimidos por "Tecno Sudamericana S.A." sólo traducen su discrepancia con la sentencia del Tribunal intentando una reinterpretación de normas infraconstitucionales o un reencuadramiento de la conducta de la contribuyente para descartar la configuración del ilícito —cuestión de hecho y prueba— lo que resulta ajeno al ámbito de la apelación prevista por el art. 14 de la ley 48.

Por las consideraciones expuestas, entiendo que el recurso extraordinario federal de fs. 550/562 vta. debe ser denegado. Las costas de la incidencia se imponen a la parte vencida, por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 68, CPCCN).

Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso extraordinario federal que luce a fs. 550/565 vta. fue presentado por escrito, ante el tribunal superior de la causa, y dentro del plazo previsto en el art. 257 CPCCN.

Sin embargo, la presentación en examen no puede ser admitida pues no se adecua a las exigencias establecidas en los artículos 8º; 2º, inc. h); y 3º, inc. e) del Reglamento aprobado por la Acordada 4/07 de la CSJN (en adelante, el "Reglamento").

2. En contradicción con el art. 8º del Reglamento, la recurrente omite transcribir ciertas normas jurídicas a las que alude que no están publicadas en el *Boletín Oficial* de la República Argentina. Con esta imprecisión, la impugnante se refiere al art. 30 de la ordenanza tarifaria del año 1992, al art. 34 de la ordenanza tarifaria del año 1994, a los arts. 101 y 149 de la ordenanza fiscal del año 1997, y al art. 39 de la ordenanza tarifaria del año 1998. Por lo demás, en ninguno de estos casos se indica el número que llevaba cada ordenanza.

Si bien la circunstancia apuntada en el párrafo anterior sería suficiente para denegar el recurso intentado en los términos del art. 11 del Reglamento, a continuación haré algunas consideraciones adicionales.

3. Tecno Sudamericana S.A. (en adelante, "TSA") tampoco cumple con el inc. h) del art. 2º del Reglamento pues en la carátula obrante a fs. 549 omite consignar la fecha de notificación de la sentencia dictada por el Tribunal.

4. Por otra parte, el recurso no satisface el requisito previsto en el inc. e) del art. 3º del Reglamento, que establece que se debe demostrar la relación directa e inmediata entre las normas federales invocadas y lo debatido y resuelto en el caso.

La actora aduce que el fallo impugnado lesionó el principio de legalidad tributaria y el de razonabilidad. Para fundar la afectación de tales principios, la recurrente se refiere a cuestiones de hecho y de derecho infraconstitucional local pero no demuestra que su merituación como fuera efectuada en las instancias ordinarias genere un caso federal.

En lo que resta del escrito en análisis (capítulos VII y IX), la accionante cuestiona la interpretación del Tribunal en relación con la aplicación del precedente

dictado por la Sala I de la Cámara CAyT en "Vicla Sociedad Anónima c/DGR (resol. 4412-DGR/00) s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR", e insiste con la supuesta improcedencia de la multa aplicada a TSA. No obstante, la empresa no vincula el criterio adoptado en la sentencia atacada sobre los referidos temas con la afectación de ningún derecho o garantía constitucional.

En síntesis, ninguno de los agravios ensayados en el recurso de fs. 550/565 vta. habilita la intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

5. Por lo expuesto, y de conformidad con lo prescripto por el art. 11 del Reglamento, el recurso extraordinario federal intentado debe ser desestimado por inoficioso, con costas a la parte vencida. Así lo voto.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Acompaño la decisión de la señora jueza de trámite en tanto propicia denegar el recurso extraordinario federal deducido por Tecno Sudamericana S. A. [en adelante, TS] contra la sentencia del TSJBA del 19/3/2008, por la que el Tribunal resolvió, por mayoría, declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la actora.

2. En efecto, TS reitera el defecto que ya fue señalado por la mayoría del Tribunal en la resolución de fs. 525/545, al observar como mal concedido el recurso de inconstitucionalidad que la Cámara consideró procedente. En esa oportunidad, el recurso interpuesto por Tecno Sudamericana S.A. se limitó a afirmar, sin sustento argumental alguno, que la sentencia del tribunal anterior en grado lesionaba el principio de legalidad tributaria (CCBA 51) y el principio de razonabilidad en la reglamentación del ejercicio de los derechos (C.N., 28). De este modo, el recurso no satisfizo la exigencia de identificar, definir o demostrar en modo alguno una vinculación directa entre la decisión de la Cámara y la trasgresión invocada por la actora. Como lo expliqué en mi voto (especialmente puntos 3 a 5), los limitados argumentos que ofreció la recurrente, orientados a demostrar dicha relación, remitían a cuestiones de hecho y prueba y derecho común (infraconstitucional).

Ahora, el escrito de interposición del recurso extraordinario reproduce, casi en su totalidad, la magra fundamentación del recurso de inconstitucionalidad, al volver sobre cuestiones de interpretación —como la del fallo "Vicla s/impugnación de actos administrativos" (fs. 559 vta./560 vta.) y el concepto de 'consumidor final' (fs. 551 vta./553)— y perspectivas de valoración —especialmente respecto de la supuesta improcedencia de la multa aplicada a la actora y la insistencia infundada sobre la presunta lesión a los principios de legalidad tributaria y razonabilidad (fs. 553/556 vta. y 560 vta./562).

Todo ello configura un cuadro jurídico dentro del cual no se aprecia o advierte la existencia de una cuestión federal que deba ser atendida, del mismo

modo como en el recurso de inconstitucionalidad que el Tribunal reputó, por mayoría, mal concedido, no se apreció la articulación de una genuina cuestión constitucional.

Por lo demás, corresponde aplicar 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 no son, en principio, revisables en la instancia extraordinaria (conf. *Fallos,* 299:268; 302:1040; 307:819; 311:101, entre muchos otros).

3. El recurrente procura introducir la cuestión federal mediante la invocación de la arbitrariedad de la sentencia que impugna. Al respecto, cabe destacar que la admisibilidad del recurso por arbitrariedad, como lo tiene dicho la Corte (aunque responsable de esta doctrina y de su abuso) en pronunciamientos aislados pero acertadamente recatados, se considera estricta, esto es, no subsana el defecto de carencia de cuestión federal bastante, ni tiene por objeto valorar nuevamente la prueba o interpretar el Derecho común vigente. El recurso, con relación a este agravio, resulta inadmisible en tanto se sostiene, básicamente, en la mera discrepancia del recurrente con la interpretación ofrecida por el Tribunal en su sentencia. "La doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia, ni corregir fallos equivocados (...), sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que, deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la sentencia fundada en ley a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N." (*Fallos,* 312:246; 389, 608, 1839, entre otros).

Por las razones expuestas, y también por los señalamientos de mi colega, la doctora Alicia E. C. Ruiz, en el sentido de que el recurso extraordinario federal no satisface suficientemente algunos de los recaudos impuestos por la Acordada 4/07 de la CSJN, señalamientos que hago propios, corresponde denegar el recurso extraordinario federal de fs. 549/565, con costas a la parte vencida.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal interpuesto por Tecno Sudamericana S.A. a fs. 549/565, con costas.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva, como está ordenado a fs. 545.

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

CXXX

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'LA ROYAL SOCIEDAD ANÓNIMA DE SERVICIOS C/GCBA S/COBRO DE PESOS'"

RECURSO DE QUEJA: Pronunciamiento *extra petita*.
Cuestiones de hecho y prueba. Derecho local. Arbitrariedad de sentencia.

SUMARIOS:

1. Es una facultad privativa de los jueces de mérito establecer el alcance de las pretensiones de las partes. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

2. El juez no se encuentra obligado a tratar todos los argumentos presentados por las partes sino solamente aquellos pertinentes para la solución del caso. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

3. No existe arbitrariedad de sentencia frente a la mera discrepancia con la interpretación de cuestiones de hecho, prueba y derecho local no constitucional que, en principio, son cuestiones privativas de los jueces de mérito. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces Julio B. J. Maier y Ana María Conde. En sentido concordante ver voto del señor juez José O. Casás).*

Expte. nº 5569/07 - 18/6/2008

VISTO:

el expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. Empresa La Royal S.A. de Servicios (en adelante LR) inició una demanda contra el GCBA (en adelante GCBA) requiriendo el cobro de facturas impagas emitidas en virtud de servicios de limpieza prestados en el Hospital General de Infecciosos F. J. Muñiz, por un total de $ 280.651,43, intereses, costos y costas y desvalorización monetaria. La actora se presentó en su calidad de continuadora de Better Cleaning S.A., empresa con la cual la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, había pactado mediante contratación directa las prestaciones cuyo pago se reclaman en la demanda (fs. 1/5).

2. El GCBA, al contestar la demanda, rechazó las pretensiones de la parte actora y desconoció la existencia de un contrato válidamente celebrado de acuerdo con las normas aplicables —dec. 5720/72 y dec. ley 23.354/56, vigentes por disposición de la ordenanza 31.655—. Argumentó que la selección del contratista debió ser realizada mediante una licitación pública por lo que —dispuesta por contratación directa— el contrato debía ser declarado nulo de nulidad absoluta. Además, advierte la existencia de vicios en la competencia, la causa, el objeto y el procedimiento del

acto. Finalmente, postuló que en caso de admitirse que el GCBA adeudare algo a la parte actora, debían tenerse presente las pautas del enriquecimiento sin causa, produciéndose la prueba correspondiente (fs. 6/21).

3. El juez de primera instancia rechazó la demanda. Apelada la sentencia, la Sala II de la Cámara de Apelaciones declaró su nulidad por no haberse dado traslado a la actora del planteo de nulidad de la contratación (ver relato efectuado en la sentencia de fs. 22/27, puntos 3 y 4).

4. Devueltas las actuaciones a primera instancia, la nueva jueza interviniente dispuso el traslado señalado por la Cámara (ver relato efectuado en la sentencia de fs. 22/27, punto 5). LR se opuso al planteo de nulidad de la contratación, desconociéndole atribuciones al apoderado del GCBA para efectuar por sí mismo dicho planteo si no media la previa declaración de invalidez en sede administrativa, también descartó la existencia de vicios, se expidió sobre las consecuencias de las nulidades, ofreció prueba, entre otras cuestiones (fs. 91/99).

5. La jueza de primera instancia, en lo que aquí importa, declaró la nulidad de las contrataciones efectuadas por La Royal —y su antecesora Better Cleaning S.A.— y condenó al GCBA, sobre la base del enriquecimiento sin causa, a pagar a la actora la suma de $ 264.001,08 con sus intereses, e impuso las costas en el orden causado (fs. 22/27).

6. Ambas partes apelaron la sentencia (fs. 28/33 vta., memorial de agravios del GCBA, fs. 34/39 vta., memorial de agravios de LR).

El GCBA sostuvo que la sentencia era incongruente al resolver más allá de lo peticionado por la actora, pues ella no fundó su pretensión en el enriquecimiento sin causa no obstante haber contado con tres oportunidades para efectuar ese planteo. Cuestionó también las consecuencias que la sentencia atribuye a la declaración de nulidad. Agregó que tampoco se había probado el enriquecimiento de la demandada y el correlativo empobrecimiento de la actora.

7. La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario resolvió "Confirmar parcialmente la sentencia de grado" e "Imponer las costas de ambas instancias a la vencida (art. 62, CCAyT)" (fs. 43/50 vta.). Para así decidir consideró que si bien la contratación carecía de los requisitos exigidos por el dec. 5720/72 —por lo que se encontraba afectada de nulidad absoluta (fs. 46 vta./47)—, "la nulidad del contrato no puede impedir el reconocimiento de la prestación del servicio efectivamente llevada a cabo por la empresa de limpieza" (fs. 47) y "que el servicio ofrecido y prestado (...) se presume oneroso, por lo que corresponde a la demandada abonar los importes adeudados en concepto de facturas impagas" (fs. 47).

8. El GCBA interpuso el recurso de inconstitucionalidad cuya copia fue agregada a fs. 51/62. El recurso atribuye a la Cámara no haberse pronunciado en cuanto a la incongruencia del fallo de primera instancia y sobre la incorrecta evaluación de las consecuencias de la nulidad efectuada en primera instancia (ver

fs. 56 vta.). Además sostiene que la sentencia debe ser descalificada por arbitraria, debido a que se aparta de la normativa aplicable al caso para probar la prestación efectiva de los servicios —esto es dec. 5720/72—. También señala el carácter autocontradictorio del fallo.

9. Contestado el traslado del recurso por la actora (véase visto de la sentencia de fs. 71/73), la Sala denegó su concesión por no plantearse un caso constitucional ni los supuestos excepcionales que autorizan la aplicación de la doctrina de la arbitrariedad de sentencia (fs. 71/73).

10. Ante la denegatoria, el GCBA planteó la queja de fs. 75/82 vta. El recurso de hecho mantiene los agravios reseñados en el punto 8 —salvo el relativo al carácter autocontradictorio del fallo por el modo en que fue determinado el importe de la condena— los que a su criterio encuadran en las previsiones del art. 27 de la ley 402.

Requerido su dictamen, el Fiscal General Adjunto propicia el rechazo de la queja (fs. 106/109 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. La queja fue interpuesta en tiempo oportuno y forma adecuada, sin embargo no puede prosperar. La cuestión planteada por el GCBA es sustancialmente idéntica a la que articulara en los autos "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'La Royal Sociedad Anónima de Servicios c/GCBA s/cobro de pesos'", expte. nº 5353/07, sent. del 21/12/2007; por tal razón reiteraré, en lo pertinente, lo afirmado en mi voto en dicha oportunidad.

2. En líneas generales, el recurrente no enuncia un caso constitucional capaz de habilitar esta instancia extraordinaria. Las citas de la C.N. y la CCBA que realiza no son más que una simple mención sin que logre mostrar qué vinculación tienen con las cuestiones debatidas en autos.

3. Conviene advertir que el planteo referido a la afectación del principio de congruencia en la sentencia recurrida (y en la de primera instancia) no se ve corroborado con lo actuado en esta causa. Como principio, establecer el alcance de las pretensiones de las partes es facultad privativa de los jueces de mérito, competencia en cuyo ejercicio no demuestra exceso la recurrente, tampoco obstáculo alguno al ejercicio de su defensa ni obrar de los jueces por fuera del campo de actuación que les abren la pretensión, las defensas opuestas y los hechos probados a la luz de la regla del *iura novit curia* (*Fallos,* 295:548; 300:468; 301:449; 302:175 entre otros), y mi voto *in re* "Paz, Marta y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 3167/04, resolución del 3/3/2005). Esa carga viene potenciada en el caso por la circunstancia de que, al articular la nulidad de la contratación, la recurrente admitió que la reparación que pudiera reconocerse debería sujetarse a los parámetros del instituto del enriquecimiento sin

causa, mientras que, al contestar el traslado sobre esa cuestión, LR expresamente se refirió a la viabilidad de la condena sobre la base de tal principio y las normas que lo receptan en el Código Civil (ver fs. 88/99).

4. Además, tal como lo expresé al decidir un caso similar entre las misma partes ("GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'La Royal Sociedad Anónima de Servicios c/GCBA s/cobro de pesos'", expte. nº 5175/07, sent. del 29/8/2007), aunque es cierto que la Cámara no respondió en forma expresa en los "considerandos" de la sentencia, el agravio relativo al carácter de *ultra petita* de la sentencia de primera instancia, no cabe soslayar que, tal como ese tribunal lo recuerda (punto 1 del voto del juez Russo), el juez no se encuentra obligado a tratar todos los argumentos presentados por las partes sino solamente aquellos pertinentes para la solución del caso. A propósito del que nos ocupa, la Sala lo menciona expresamente cuando relata los antecedentes, al señalar que en la sentencia de primera instancia la jueza sostuvo que: "Si bien la actora no demandó con fundamento en aquella causal [enriquecimiento sin causa], tuvo para sí la oportunidad de probar que efectuó prestaciones útiles y la cuantía de su empobrecimiento, recaudos necesarios para que resulte admisible el reclamo sobre la base del enriquecimiento sin causa" (fs. 24 vta./25). Así las cosas, es dable considerar que la Cámara entendió que el aporte del juez de primera instancia no excedía del encuadramiento legal de los hechos de la causa y la pretensión de condena de la actora, con lo cual pudo tener por contestado el agravio en ese sentido. Argumento que, por lo demás, no mereció objeciones.

5. También el agravio vinculado con la incorrecta evaluación de los efectos asignados a la nulidad del contrato viene contestado, implícitamente, por la Cámara. El recurrente parece sostener que, en atención a la actuación de la actora y a los vicios por los que se ha anulado el contrato, no puede hacerse lugar a ningún tipo de resarcimiento; para tal planteo, la resolución de Cámara constituye un rechazo implícito, toda vez que —con argumentos que la recurrente no desvirtúa— entendió que en el caso procede la indemnización en concepto de enriquecimiento sin causa (punto 5 del voto del juez Russo, al que adhirió la jueza Daniele, y punto 3 del voto del juez Centanaro), fuente independiente de aquella que la Procuración recurrente desestima.

6. Por lo demás, la tacha de arbitraria que realiza a la sentencia de Cámara no pasa de ser una mera discrepancia con la interpretación de cuestiones de hecho, prueba y derecho local no constitucional (por remisión de la ordenanza 31.655) que, en principio, son cuestiones privativas de los jueces de mérito.

7. Por las razones expuestas, voto por rechazar la queja.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

La cuestión debatida en autos es sustancialmente similar a la que fuera resuelta en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'La Royal

Sociedad Anónima de Servicios c/GCBA s/cobro de pesos'", expte. nº 5353/07, sent. del 21/12/2007.

Por razones de brevedad y con apoyo en los fundamentos que expusiera en aquella oportunidad, voto por rechazar la queja intentada.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Adhiero al voto del juez de trámite, doctor Lozano. L. La cuestión planteada por el GCBA es sustancialmente idéntica a la articulada en los autos "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'La Royal Sociedad Anónima de Servicios c/GCBA s/cobro de pesos'", expte. nº 5353/07, sent. del 21/12/2007; por tal razón reiteraré, en cuanto corresponda, lo afirmado en mi voto en dicha oportunidad.

2. El contenido del recurso de inconstitucionalidad (fs. 51/62) y el del recurso de hecho que pretende abrir la instancia (fs. 75/82 vta.) no pasan de constituir una enumeración de cuestiones de hecho, prueba y derecho local. En efecto, por medio de ella se cuestionó la validez de un contrato por servicios de limpieza con el "Hospital General de Infecciosos F. J. Muñiz", prestados por la empresa La Royal Sociedad Anónima de Servicios, antecedida por Better Cleaning S.A., relación que, en definitiva se pretendió resolver mediante el pago por parte del Estado local de una suma de dinero (con sustento en un enriquecimiento sin causa), sobre la base de que si bien los contratos adolecen de severos defectos que los invalidan como tales, debe tenerse en cuenta que el servicio ofrecido y prestado se presume oneroso. En cuanto a estos tópicos carentes de base constitucional, cabe nuevamente remitir al tratamiento que les dispensa el voto del doctor Lozano, que antecede y al que me adhiero.

3. Por lo demás, no conmueve a la decisión impugnada su supuesta arbitrariedad. Como lo señalé múltiplemente, yo sostengo una posición particularmente estricta respecto de la *arbitrariedad* como motivo de procedencia del recurso intentado (conf. mis votos en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]'", expte. Nº 3565/04, resolución del 26/5/2005; y "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Lococo, Marcela c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]'", expte., nº 3792/05, resolución del 29/6/2005. Pero basta para el rechazo del recurso por este motivo la opinión mayoritaria, expuesta múltiplemente por el Tribunal. En este sentido, los recursos no pasan de constituir la exposición de discrepancias —sin origen constitucional— con relación a la valoración de prueba, la fijación de hechos y la interpretación de reglas de derecho infraconstitucionales que establece la sentencia impugnada, con lo cual se torna inaplicable un remedio extraordinario, aun para el motivo de arbitrariedad, también para la opinión hermenéutica mas difundida y acogida por el TSJBA.

La jueza Ana María Conde dijo:

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

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Coincido con el señor juez de trámite, doctor Luis F. Lozano, en cuanto expresa que las cuestiones aquí planteadas resultan sustancialmente análogas a las resueltas por este Tribunal *in re*: "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'La Royal Sociedad Anónima de Servicios c/GCBA s/cobro de pesos'", expte. nº 5353/07, sent. del 21/12/2007.

Tal como entonces, en esta oportunidad comparto las consideraciones vertidas en el voto de mi aludido colega y en el dictamen el señor Fiscal General Adjunto (fs. 106/109 vta.), en tanto expresan acabadamente que los agravios sostenidos en la presente queja sólo reflejan un desacuerdo con lo resuelto por el *a quo* en punto a diversas cuestiones propias de los jueces de la causa, sin delinear caso constitucional alguno en los términos del art. 27 de la ley 402.

2. La Sala II de la Cámara CAyT decidió confirmar el pronunciamiento de primera instancia que había declarado la nulidad de las contrataciones celebradas entre la actora y el GCBA pero, a su vez, había tenido por comprobados los presupuestos para el andamiento de una indemnización en concepto de enriquecimiento sin causa en favor de la contratista, La Royal S.A., por la suma de $ 264.001, 08 con más sus intereses.

A continuación, los planteos del GCBA se limitan a impugnar las conclusiones del tribunal *a quo* para respaldar la procedencia de la aludida indemnización por enriquecimiento sin causa, efectuadas todas ellas a partir de un fundado examen del alcance de las pretensiones de las partes y de las diversas cuestiones de hecho y prueba involucradas.

Así entonces, más allá de la mención genérica de preceptos constitucionales que se entienden vulnerados, en el escrito recursivo no se logra establecer una adecuada correspondencia entre aquellos derechos cuya afectación se invoca y el contenido de la sentencia atacada.

3. Por lo demás, en lo que respecta a la invocada doctrina de la arbitrariedad de sentencias, cabe añadir que el planteo tampoco puede tener andamiento. Ello así, en tanto los argumentos esgrimidos no han logrado demostrar que en el caso haya mediado un apartamiento inequívoco de las constancias de la causa o una absoluta carencia de fundamentación.

Corresponde recordar que la doctrina de la arbitrariedad no tiene por finalidad abrir una nueva instancia ordinaria donde puedan discutirse cuestiones de hecho y prueba, ni la corrección de fallos equivocados o que se consideren tales, sino que sólo admite los supuestos desaciertos y omisiones de gravedad extrema a causa de los cuales los pronunciamientos no pueden adquirir validez jurisdiccional (conf. doctrina de la CSJN, *Fallos,* 323:3139, entre muchos otros).

En este sentido, ya el Tribunal ha sostenido en numerosas ocasiones que la discrepancia del recurrente con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que su sentencia devenga infundada y, por ende, arbitraria [conf. este Tribunal, *in re* "Federación de Box c/GCBA s/acción de inconstitucionalidad", expte. nº 49/99,

resolución del 25/8/1999, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. I, pp. 282 y ss., entre otros].

Por ello, corresponde rechazar el recurso de queja deducido por el GCBA.

Así lo voto.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el señor Fiscal General Adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja interpuesta por el GCBA a fs. 75/82 vta.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita el expediente a la Sala interviniente para que sea agregado a los autos principales.

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

CXXXI

"TUDANCA, JOSEFA ELISA BEATRIZ S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'TUDANCA, JOSEFA ELISA BEATRIZ C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)'" Y SU ACUMULADO EXPTE. Nº 5868/08 "MAZZUCCO, PAULA VIRGINIA Y OTRO S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'MAZZUCCO, PAULA VIRGINIA Y OTROS C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)'"

RECURSO DE QUEJA: Efectos suspensivos.

SUMARIO:

1. El pedido de suspensión del trámite de la queja debe ser rechazado cuando los fundamentos del recurso son insuficientes para que el Tribunal considere por qué debe dar a las quejas un efecto suspensivo del que en principio carecen según el art. 33, LPTSJ, y no se explica en qué consistirían los perjuicios que invocan, y por qué razón no podrían ser materia de reparación posterior; ni se demuestra por qué la suspensión del curso de los procesos resulta imprescindible para impedir que se concrete el perjuicio temido. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante ver voto de los señores jueces Julio B. J. Maier, Alicia E. C. Ruiz, José O. Casás y Luis F. Lozano).*

Expte. nº 5864/08 - 18/6/2008

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. La señora Tudanca, actora en los autos principales, planteó recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario que revocó la sentencia de primera instancia y declaró abstracta la acción de amparo, cuya denegatoria dio lugar a la queja que tramita en el expte. nº 5864/08.

2. La señora Mazzucco, actora en los autos principales, planteó recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario que revocó la sentencia de primera instancia y declaró abstracta la acción de amparo, cuya denegatoria dio lugar a la queja que tramita en el expte. nº 5868/08.

3. Las actoras solicitan en ambas quejas, y en los mismos términos, que se suspendan los procesos principales, con fundamento en el art. 33, LPTSJ (a fs. 101 y vta., apart. IX, en "Tudanca"; y a fs. 93 vta., apart. IX, en "Mazzucco").

FUNDAMENTOS:

La jueza Ana María Conde dijo:

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

2. Los recurrentes fundan su petición en los siguientes términos: "De acuerdo a lo establecido en el art. 33 quinto párrafo de la ley 402, solicitamos que este Tribunal Superior de Justicia, mientras se sustancia queja *(sic),* se suspenda expresamente el curso de los tres procesos principales, ya que la construcción de un edificio de nueve pisos y treinta y un metros de altura en la Calle El Salvador 6052, vulneraría definitivamente los derechos y garantías constitucionales planteados en las presentes acciones de amparo".

Esta fundamentación resulta insuficiente para que el Tribunal considere por qué debe dar a las quejas un efecto suspensivo del que, en principio, carecen. Y es que las recurrentes no explican en qué consistirían los perjuicios que invocan y por qué razón no podrían ser materia de reparación posterior, y tampoco demuestran por qué la suspensión del curso de los presentes procesos resulta imprescindible para impedir que se concrete el perjuicio temido.

Más precisamente, ni siquiera argumentan por qué el dictado de una resolución que suspenda el curso de este proceso logrará evitar que se avance en la construcción de un edificio en el predio mencionado y con las características indicadas.

Por esas razones, el pedido de suspensión de la ejecución de las sentencias efectuado por los actores, debe ser rechazado.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

Adhiero a los fundamentos y a la solución del voto de la jueza de trámite en cuanto afirma que en este caso no corresponde conceder el beneficio de la suspensión de los efectos de las sentencias recaídas en sendos amparos, toda vez que las recurrentes no arriman argumento de valor alguno, en el sentido de que esa suspensión, de ser sancionada, les evitaría concretos perjuicios (los que tampoco han sido especificados, salvo la mención genérica de que mientras se sustancia la cuestión de fondo el edificio de la calle El Salvador 6065, de esta Ciudad, sigue siendo construido).

Ante la ausencia de verdaderos agravios, demostrados y demostrables, no resta sino reiterar jurisprudencia del TSJBA en el sentido de rechazar el efecto suspensivo de los recursos de queja en situaciones procesales de análoga índole. Al efecto, baste recordar la tesis formulada por el juez de este Tribunal, doctor José O. Casás, al votar la causa "Correo Oficial de la República Argentina", el 4/10/2006. Dijo entonces el magistrado que: "…sólo corresponde agregar que el pedido de suspensión formulado en el caso… debe ser rechazado, pues la interesada no ha aportado argumentos para que el Tribunal considere por qué debe otorgar a su recurso de queja un efecto suspensivo del que, en principio, carece, según lo dispuesto en la ley 402 que disciplina el procedimiento ante este estrado; con cita, entre otros, de los pronunciamientos de este Tribunal *in re*: "Martínez, Alfredo Luis y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Martínez, Alfredo Luis; Masero, Néstor Lucio y otros s/ley 255 (Junín 1787)'", expte. nº 4087/05, sent. del 6/9/2005, "TEB S.R.L. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'TEB S.R.L. s/falta de permiso de cartel —apelación'", expte. nº 4421/05, sent. del 28/12/2005 y "Eyetich, Luisa Ester s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'González, Ángel Ricardo c/GCBA s/impugnación de actos administrativos'", expte. nº 4838/06, sent. del 21/9/2006.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Comparto la solución propuesta por la jueza de trámite, Ana M. Conde.

Las actoras, en sus respectivas quejas peticionaron al Tribunal que, con apoyo en lo prescripto por el art. 33 de la ley 402, "...suspenda expresamente el curso de los tres procesos principales, ya que la construcción de un edificio de nueve pisos y treinta y un metros de altura en la Calle el Salvador 6052, vulneraría definitivamente los derechos y garantías constitucionales planteados en las presentes Acciones de Amparo" (fs. 101 del expte. nº 5864 y fs. 93 vta. del expte. nº 5868). Ninguna consideración adicional acompañan las requirentes que, de ese modo, omiten aportan elementos de juicio que permitan valorar la procedencia de apartarse de la regla general según la cual "[m]ientras el Tribunal Superior de Justicia no haga lugar a la queja, no se suspende el curso del proceso" (art. 33 de la ley 402).

Por ello, corresponde denegar lo solicitado.

El juez José O. Casás dijo:

Comparto el criterio que propician mis colegas puesto que, en efecto, las quejosas no han esgrimido fundamentos suficientes para sustentar las peticiones

obrantes a fs. 101/ vta. de estos autos y a fs. 93 del expte. nº 5868/08 teniendo en cuenta el estado actual de los procesos aquí acumulados, sin que ello importe un anticipo de jurisdicción respecto de lo que resuelva al pronunciarme sobre los recursos de hecho incoados.

Así entonces, resulta aplicable al caso la reiterada jurisprudencia de este Tribunal según la cual la falta de acreditación de razones que permitan hacer excepción a la regla mencionada por el art. 33 de la ley 402 conduce al rechazo del pedido (conf. este Tribunal *in re*: "Martínez, Alfredo Luis y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Martínez, Alfredo Luis; Masero, Néstor Lucio y otros s/ley 255 (Junín 1787)'", expte. nº 4087/05, sent. del 6/9/2005, "Campbell, Colin Munro s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'GCBA c/Campbell, Colin Munro s/ejecución fiscal —ingresos brutos", expte. nº 4093/05, sent. del 14/9/2005, "TEB S.R.L. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'TEB S.R.L. s/falta de permiso de cartel —apelación'", expte. nº 4421/05, sent. del 28/12/2005 y "Eyetich, Luisa Ester s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'González, Ángel Ricardo c/GCBA s/impugnación de actos administrativos'", expte. nº 4838/06, sent. del 21/9/2006, entre otros).

En consecuencia, corresponde denegar las peticiones orientadas a lograr la suspensión del "curso de los tres procesos principales", efectuadas por las actoras en sendas quejas.

Así lo voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Coincido con la solución propiciada por mi colega, la doctora Ana M. Conde, en cuanto a que el pedido de suspensión del proceso formulado a fs. 87/102 del expte. nº 5864 y fs. 79/94 del expte. nº 5868 no puede ser admitido.

2. El art. 33 de la LPTSJ establece que la interposición del recurso de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado no suspende el curso del proceso, salvo que el Tribunal lo disponga expresamente, y para ello, deben concurrir circunstancias en la causa que den fundamento suficiente para apartarse de la regla enunciada. Las excepciones abarcan los supuestos en los que la ejecución de la sentencia, o el rechazo de la demanda, pudieran malograr el acceso al Tribunal de la parte legitimada en orden a tutelar sus derechos constitucionales.

3. Establecido ello, cabe señalar que el *a quo* revocó la sentencia de primera instancia que, en lo que ahora importa, había decidido "[h]acer lugar a la demanda promovida y tener por cumplido su objeto" (v. fs. 30 vta.), para resolver luego que el objeto de la presente acción devino abstracto, a la luz de la nueva normativa aplicable a la materia (fs. 63/64).

En tal contexto, los actores no acreditan por qué el perjuicio que invocan como inminente para justificar la suspensión requerida —v. gr. "(...) la construcción de un edificio de nueve pisos y treinta y un metros de altura en la calle El Salvador 6052" que "vulneraría definitivamente los derechos y garantías constitucionales planteados

en las presentes acciones de amparo"— podría acaecer como una consecuencia directa ocasionada por el devenir de este proceso.

Ello así, y dicho dentro del acotado marco de conocimiento que permite esta etapa de la causa, pues los recurrentes no muestran que la suspensión del proceso resulte una herramienta idónea para la consecución del fin propuesto, en tanto no explican por qué la sentencia impugnada podría adquirir el valor de un permiso que habilitara la posibilidad de construir el mentado edificio, función propia, como regla, de la administración y ajena a las potestades encomendadas al Poder Judicial.

En consecuencia, más allá de lo que pudiera resolverse oportunamente, voto por rechazar el pedido de suspensión formulado por los recurrentes.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *No hacer lugar* a la petición de suspensión de ejecución de las sentencias dictadas en los autos principales, efectuada por las Sras. Tudanca y Mazzucco.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y que continúe el trámite de las quejas acumuladas.

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

CXXXII

"ELECCIONES 2008 S/PRESENTACIÓN EFECTUADA POR OLIVERA, ENRIQUE Y OTROS"

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA: Competencia.
JUNTAS COMUNALES: Elecciones. Atribución del Jefe de Gobierno.
Padrón electoral. Autonomía de la Ciudad de Buenos Aires.
Derecho de peticionar a las autoridades. Democracia participativa.

SUMARIOS:

1. La pretensión dirigida a que se exhorte al Poder Ejecutivo a establecer un cronograma preciso de todas las actividades a su cargo necesarias para la aprobación del Padrón de Electores de las Comunas y le otorgue difusión y publicidad adecuadas, haciendo saber al señor Jefe de Gobierno que la aprobación del padrón resulta suficiente para disponer la convocatoria a elecciones comunales, en los términos en que ha sido formulada, no configura un caso, causa o controversia judicial. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere el señor juez Julio B. J. Maier).*

2. La solicitud al Tribunal de una exhortación al Jefe de Gobierno para que cumpla las obligaciones constitucionales y legales a su cargo en la especie, concretando la elaboración del Padrón Electoral de Comunas que demanda nuestra Carta Magna para efectivizar el modelo de descentralización participativa que la inspira (art. 1º, CCBA), y en tanto se la conciba como un simple requerimiento fundado en el derecho constitucional de peticionar a las autoridades permite catalogarla como una solicitud enderezada a que se imprima celeridad, eficacia y transparencia a todos los procesos preliminares necesarios para la confección de la nómina electoral comunal, que debió ser articulada en forma directa ante el Poder Ejecutivo. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere el señor juez Julio B. J. Maier).*

3. Es funcional, no solamente a la autonomía porteña, sino también a la realización efectiva de la democracia participativa con descentralización y pluralismo, disponer de un padrón de comunas, que permita implementar con mayor precisión, dado el alcance local de ciertas medidas, la celebración de audiencias públicas o de la puesta en marcha de los variados instrumentos de democracia semidirecta previstos en el orden local, de forma tal que los vecinos de cada barrio —comuna— se conviertan, junto con las autoridades electas, en verdaderos protagonistas al momento de delinear el contenido específico de las políticas especiales que, como programa colectivo de todos los porteños, se desarrollan en la Constitución de la Ciudad Autónoma. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere el señor juez Julio B. J. Maier).*

4. Debe rechazarse *in limine* la presentación por la que se reclama un pronunciamiento del Tribunal para que se expida por la innecesariedad de aprobación por el Ministerio del Interior del Poder Ejecutivo nacional de los límites de cada uno de los circuitos electorales (v. art. 40, inc. 2º, del CEN), ya que no reúne los requisitos para su andamiento procesal, tanto si se interpreta el planteo como una acción de amparo (ley 2145), cuanto si se lo conceptualiza como una acción declarativa de certeza (art. 277 del CCAyT). *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere el señor juez Julio B. J. Maier. En sentido concordante ver voto de los señores jueces Ana María Conde, Alicia E. C. Ruiz y Luis F. Lozano).*

Expte. nº 5584/08 - 18/6/2008

VISTO:

el expediente citado en el epígrafe,

RESULTA:

1. Los presentantes, mediante la invocación del *derecho constitucional de peticionar a las autoridades* (art. 14, C.N.), solicitan en estas actuaciones *se exhorte al Poder Ejecutivo* a establecer un *cronograma preciso* de todas las actividades a su cargo necesarias para la aprobación del *Padrón de Electores de las Comunas* y le otorgue *difusión y publicidad* adecuadas. Asimismo, recaban que se haga saber al Señor Jefe de Gobierno que la aprobación por su parte del aludido padrón *resulta suficiente* para disponer la convocatoria a elecciones comunales, considerando

innecesaria la aprobación del Ministerio del Interior del PEN prevista en el art. 4º, inc. 2, del Código Electoral Nacional.

La petición antedicha quedó incorporada —junto con fotocopias de los Documentos Nacionales de Identidad de los presentantes, enderezadas, según se manifiesta, a probar el carácter de vecinos con domicilio electoral en la Ciudad— a fs. 103/116 del expediente del Registro del Tribunal nº 5584/2007, caratulado: "Elecciones año 2008".

2. Posteriormente, con fecha *29 de mayo*, la *Procuración General de la Ciudad acompañó copia de un proyecto de ley remitido el 15 de mayo próximo pasado a la Legislatura local* y de su respectivo mensaje (n° 54/08), orientados a establecer *una nueva fecha para la elección de autoridades comunales durante el año 2009, en simultaneidad con las elecciones legislativas que deberán realizarse el año que viene*, donde, además de derogarse la ley 2405, se modifica el art. 25 de la ley 1777, en cuanto al monto a percibir como retribución por el Presidente de cada Junta Comunal y a establecer carácter honorario a los cometidos que habrán de prestar los restantes integrantes de dichos órganos de descentralización territorial (fs. 122).

3. De conformidad a lo deliberado en el Acuerdo Ordinario del 28 de mayo próximo pasado, en atención a la naturaleza de la petición se consideró innecesario requerir dictamen al Señor Fiscal General.

Por providencia de Presidencia, del mismo 28 de mayo, se decidió pasar la presente petición al Acuerdo (fs. 117).

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. Sin perjuicio de que pueda estimarse que la presentación que nos convoca, en los términos en que ha sido formulada, no configura un *caso*, *causa* o *controversia judicial*, entiendo que nada obsta a poner en conocimiento de los interesados las actividades desplegadas por este Tribunal, y/o su Presidente, en ejercicio de las funciones de organización electoral que les competen según lo establecido en el art. 113, inc. 6º, de la CCBA, la Acordada Electoral nº 1/99 y las normas concordantes y complementarias del Código Electoral Nacional, en vista a que la ley 2405 fijó para el día 10 de agosto del corriente año la fecha de los comicios para designar a las autoridades comunales y, en particular, los diversos requerimientos cursados al Poder Ejecutivo de la Ciudad, de los que se da cuenta seguidamente. Ello así porque, por un lado, resultan ilustrativos del trámite preparatorio indispensable para que las autoridades políticas dispongan la *convocatoria a elecciones comunales* y estas *puedan llevarse a efecto a partir de contar efectivamente con el padrón de electores*; y, por otro, permiten vislumbrar los pasos que el Poder Ejecutivo deberá transitar en el futuro inmediato a tales efectos.

Así entonces, desde este Estrado se adoptaron las siguientes medidas:

a) Con fecha *28/11/2007*, *por Presidencia*, *se ordenó formar el expediente "Elecciones año 2008" (n° 5584/07) y librar oficio a la Dirección General Electoral de la Ciudad* para que se reservara el espacio físico adecuado para la *Sección Urnas* del Tribunal, donde se procedería a su armado, incorporando los elementos respectivos —padrón, boletas, instructivos, Código Electoral, precintos, formulario de actas, parte de resultados, material de librería, etc.— y estibaje por comunas y circuitos a tenor de los recorridos de despliegue para el acto comicial (fs. 1).

b) Con fecha *10/12/2007* —el mismo día en que se produjo la jura de los integrantes del gabinete del actual Jefe de Gobierno—, *por Presidencia*, *se libró oficio al Señor Ministro de Justicia y Seguridad de la Ciudad* para solicitar que, con la premura del caso, se adoptaran las medidas necesarias para facilitar a este Estrado el ejercicio de las funciones electorales que le competen, teniendo en cuenta que *el cronograma electoral, elaborado a partir de las previsiones del CEN tenía inicio el día 12/2/2008*. Asimismo se manifestó la conveniencia de la realización de una reunión a fin de coordinar las tareas de organización de la elección y precisar cuál sería la asistencia que el Gobierno debía prestar al Tribunal en el marco de la legislación electoral (fs. 4).

c) Con fecha *19/2/2008*, *el Tribunal ordenó librar oficio al Señor Jefe de Gobierno*, con copia al Señor Director General Electoral, a fin de: *i*) detallar la asistencia que el Gobierno debería prestar al Tribunal en el marco de la legislación electoral (entre la que debía hacerse constar la necesidad de comprometer presupuestariamente recursos de la jurisdicción Poder Ejecutivo por la suma de $ 2.000.000 para los gastos que se debían afrontar), y *ii*) *solicitar informes acerca del cumplimiento de requerimientos formulados por el Juzgado Federal Electoral para poder concretar la elección* —vinculados con las necesidades de adaptación de las secciones electorales y sus correspondientes circuitos a partir de los límites establecidos por la Legislatura local para las comunas— (fs. 36).

d) Con fecha *5/5/2008, por Presidencia*, *se libró oficio al Señor Jefe de Gobierno* a fin de que: *i*) estime e *informe con carácter urgente* acerca del *tiempo que demandará la revisión y control* (y eventual aprobación) *del anteproyecto de demarcación de secciones electorales remitido por la Justicia Federal Electoral* el día 2 de mayo, y *ii*) informe en forma pormenorizada acerca de los pasos del trámite parlamentario de la ley 2650 (modificatoria del anexo de la ley 1777 que fijó los límites de las comunas) hasta su publicación —es decir, fechas de remisión del proyecto de ley a la Legislatura, recepción del texto sancionado como ley, promulgación y envío al Boletín Oficial para su publicación— (fs. 94).

Como *respuesta* a la apuntada rogatoria, con fecha *14/5/2008*, el *Señor Procurador General de la Ciudad* informó que: "*para la revisión, control y eventual aprobación del proyecto de demarcación de secciones electorales* remitido por

la jueza federal con competencia electoral en esta Ciudad, existe una importante dificultad, consistente en que el mapa oficial de la Ciudad data de 1980 y está desactualizado. A lo cual se agrega el hecho de que no existe un soporte digital de ese mapa. Por lo tanto, resulta imprescindible, primero, generar un nuevo mapa en soporte digital, de manera tal de poder trabajar con él mediante la utilización de herramientas informáticas. Luego, y en segundo lugar, deben relevarse las modificaciones que hayan tenido lugar en la geografía y distribución de las calles desde ese año para poder evaluar el anteproyecto recibido de la jueza federal" (el énfasis en bastardillas ha sido añadido). Asimismo se informó que "(l)a Dirección General Electoral de la ciudad ha conformado un equipo técnico interdisciplinario que se ocupará de realizar las tareas necesarias para concretar la revisión solicitada por la jueza federal". También se añade, bajo la letra a), punto iv), segundo párrafo, que "... teniendo en cuenta las sintetizadas dificultades y particularidades de la encomienda, se estima que la realización completa del trabajo insumirá un plazo aproximado de entre seis (6) y ocho (8) meses" (conf. fs. 95/96).

2. Vista la presentación desde otro ángulo, esto es en cuanto solicita del Tribunal *una exhortación* al Jefe de Gobierno para que cumpla las obligaciones constitucionales y legales a su cargo en la especie, concretando la elaboración del *Padrón Electoral de Comunas* que demanda nuestra Carta Magna para efectivizar el modelo de descentralización participativa que la inspira (art. 1º, CCBA), y *en tanto se la conciba como un simple requerimiento fundado en el derecho constitucional de peticionar a las autoridades* (con respaldo, no sólo en el art. 14 de la Carta magna federal, sino también con sustento en el art. 10 de la Constitución local y en el plexo de derechos contenidos en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, elevados a idéntico rango por el art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema de la Nación: v. gr. *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, aprobada en Bogotá en 1948, art. XXIV), permite catalogarla como una solicitud enderezada a que se imprima *celeridad, eficacia y transparencia* a todos los procesos preliminares necesarios para la confección de la nómina electoral comunal, que debió ser articulada en forma directa ante el Poder Ejecutivo. De todos modos, tal circunstancia, en cuanto la petición no está dirigida —por el momento— a incitar la actividad jurisdiccional de este Estrado, sino, más bien, a instar un pronunciamiento *sustancialmente administrativo* en esta sede, no observo óbice para reencauzar el pedido, direccionándolo a la autoridad superior de la Ciudad que está en condiciones de atenderlo. Para ello bastaría valerse de una lectura integrativa extensiva de los principios que inspiran al art. 5º del dec. 1510/97 —Ley de Procedimientos Administrativos, por ratificación de la Legislatura mediante resol. 41/98—, a tenor de los cuales, frente a una *declaración de incompetencia de oficio*, *corresponde remitir las actuaciones al órgano que se repute competente*, que no es otro que el Jefe de Gobierno, llamado a cumplir en su esfera de acción las tareas de delimitación circunstanciada de las Comunas, con individualización de pasajes —incluso privados—, calles sin nombre oficial, calles abiertas de hecho, individualización de nuevas urbanizaciones, demarcación de asentamientos precarios, numeración de

puertas, etc., todo ello con respaldo en un mapa actualizado de la Ciudad. Curso de acción a imprimir a estas actuaciones —encauzamiento al Poder Ejecutivo— que, desde ya, propicio.

3. Trasladar sin más dilaciones la solicitud depositada en este Estrado —más allá de que los Jueces que lo componemos estemos impedidos de atenderla en las condiciones y términos en que ha sido formulada—, importa propender al cumplimiento estricto de la Constitución asumiendo el valor prescriptivo de sus cláusulas (v. García de Enterría, Eduardo: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, reimpresión de la 3ª ed., capítulo III: "El valor normativo de la Constitución Española", parágrafo 1: "El principio general", pp. 63 y ss., Civitas, Madrid, 1991), por cuanto, la vinculación normativa de la Constitución afecta a todos los poderes públicos y a todos los ciudadanos sin excepciones y no sólo al Poder Legislativo como instrucciones que éste debiera desarrollar a partir de la abandonada tesis tradicional del carácter programático de tal instrumento político. Es que, así, me hago cargo del mandato expreso, permanente e irrenunciable que ha conferido el pueblo de la Ciudad a todas sus autoridades, para que en su nombre y representación agoten las instancias para preservar la autonomía de la Ciudad (del art. 6º de la Ley Suprema local), todo ello en consonancia con las ideas vertidas con persistencia e indubitable acierto por mi colega el doctor Julio B. J. Maier, para quien: "No hay autonomía posible, políticamente, si no encaramos la confección de nuestro propio padrón electoral, algo tan sencillo como una lista de ciudadanos, pero tan difícil de confeccionar en la realidad. Yo le expresé esto a varios jefes de gobierno... mientras no tengamos un padrón propio, seremos súbditos del Estado federal en derecho político (los comicios)..." (conf. *Justicia Porteña* —Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires—, edición 4, año 3, mayo de 2008, "Entrevista al doctor Julio Maier", pp. 42 y ss., en particular pp. 49).

4. A esta altura, y para dar testimonio de que comparto la preocupación expresada por el doctor Julio B. J. Maier, de la que diera cuenta en el párrafo antes transcripto, dejo sentado que tengo el más pleno convencimiento de que es funcional, no solamente a la autonomía porteña, sino también a la realización efectiva de la democracia participativa con descentralización y pluralismo, disponer de un padrón de comunas, lo que permitirá implementar con mayor precisión, dado el alcance local de ciertas medidas, la celebración de audiencias públicas o de la puesta en marcha de los variados instrumentos de democracia semidirecta previstos en el orden local, de forma tal que los vecinos de cada barrio —comuna— se conviertan, junto con las autoridades electas, en verdaderos protagonistas al momento de delinear el contenido específico de las políticas especiales que, como programa colectivo de todos los porteños, se desarrollan en el Título Segundo, del Libro Primero, de la Constitución de nuestra Ciudad Autónoma (v. en tal línea de pensamiento: Zagrebelsky, Gustavo: *El derecho dúctil. Ley. Derechos. Justicia*, 3ª ed., capítulo 1: "Los caracteres generales del derecho constitucional actual", parág. 2: "La 'soberanía' de

la Constitución", pp. 12 y ss., Trotta, Madrid, 1999; particularmente cuando habla de "Constitución sin soberano", en el interactuar pluralista de todos los actores, para generar una orientación concreta dentro del compromiso constitucional).

En tales condiciones, más allá de que las elecciones comunales se posterguen por decisión de la Legislatura para ser efectuadas el año entrante en forma simultánea con las legislativas (v. proyecto de ley remitido por el Poder Ejecutivo del que se da cuenta en el "resulta"), ello, por sí solo —mal que nos pese—, no asegura la concreción del comicio, el que podría verse frustrado, lamentablemente, una vez más, si no se imprime desde ahora un impulso decisivo a la tarea de cumplir todas y cada una de las exigencias que posibiliten contar tempestivamente con el padrón electoral, presupuesto indispensable para su realización.

5. Valga añadir que la articulación por la que se reclama un pronunciamiento del Tribunal —debe entenderse que en ejercicio de su competencia electoral— para que se expida en el sentido de considerar innecesaria la aprobación por el Ministerio del Interior del Poder Ejecutivo nacional de los límites de cada uno de los circuitos electorales (v. art. 40, inc. 2º, del CEN), debe ser rechazada *in limine*, ya que no reúne los requisitos para su andamiento procesal, tanto si se interpreta el planteo como una acción de amparo (ley 2145), cuanto si se lo conceptualiza como una acción declarativa de certeza (art. 277 del CCAyT).

6. En síntesis, me pronuncio por el rechazo *in limine* de la pretensión referida en el punto precedente y por declarar la incompetencia del Tribunal en el restante aspecto, aún para efectuar la exhortación que los presentantes reclaman —sin que este Estrado abdique de realizarla cuando ello pudiere corresponder en una causa judicial o en otra intervención que así lo demande—, sin perjuicio de entender que la solicitud importa, en su esencia, el ejercicio del derecho constitucional de peticionar a las autoridades y que debe remitirse, junto con copia de todas las piezas procesales a que se ha hecho mención en este voto, al señor Jefe de Gobierno para que le dé en su ámbito el tratamiento y la respuesta que estime menester en consonancia con las prescripciones contenidas en la Constitución (cláusula transitoria decimoséptima) y la voluntad expresada por el órgano parlamentario (ley 2405). Simultáneamente deberá notificarse esta resolución a los peticionantes, también con copias.

Así me pronuncio.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Sin perjuicio de adherir a las extensas razones que desarrolla el señor presidente del Tribunal, estimo que, como lo observan las señoras juezas Conde y Ruiz, la presentación analizada no impulsa el desarrollo de ninguna de las competencias atribuidas al Tribunal en el art. 113 de la CCBA. Por lo tanto, debe desestimársela y archivarla en el legajo correspondiente.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

Esta presentación supone ejercer el derecho de peticionar a las autoridades. Los requerimientos formulados podrían ser evacuados por autoridades de la Ciudad

Autónoma de Buenos Aires, mas no por este Tribunal. Los peticionantes advierten esa circunstancia cuando solicitan al Tribunal que éste peticione, a su vez, a otro órgano del estado o lo exhorte a emplear de determinado modo las atribuciones de ese órgano. Pero, claro está, que peticionar a otras autoridades, o ser vehículo de la petición de un ciudadano no son competencias que este Tribunal detente.

En este orden de ideas, tal como, en buena medida, señalan los peticionantes, "...establecer un cronograma preciso de todas las actividades […] necesarias para la aprobación del Padrón de Electores de las Comunas, con la consiguiente delimitación de los nuevos circuitos, en función de lo requerido por el art. 40, inc. 1° del Código Electoral Nacional..." (fs. 109), al igual que proporcionarle "...a dicho cronograma una difusión y publicidad" (fs. cit.), son medidas que pueden ser llevadas a cabo mediante el ejercicio, según el caso, de las potestades propias de la Legislatura o del Jefe de Gobierno, pero no las de este Tribunal. Aun la elaboración del padrón es una cuestión que compete a las autoridades políticas locales. Cabe asumir que por decisión de ellas, la Ciudad emplea el padrón nacional. Debido a esa condición de nacional que presenta el registro de electores, resulta necesario que su confección, y las modificaciones solicitadas para dividir el distrito organizado para la elección nacional en uno adecuado a las comunas, cuente con la aprobación final del Ministerio del Interior de la Nación (conf. arts. 39 y 40 del Código Electoral). No porque la Ciudad le esté subordinada sino porque, en ejercicio de sus potestades, ha resuelto aprovechar la obra desarrollada por la Nación. La Legislatura podría optar por hacer un padrón propio, y en tal caso debería asignar los recursos necesarios, lo que haría innecesario el pronunciamiento de órganos nacionales para adaptarlo a necesidades de la Ciudad.

Por lo expuesto, voto por rechazar las peticiones formuladas.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Entiendo que la presentación en análisis no puede ser enmarcada en ninguna de las atribuciones que corresponden al Tribunal conforme el art. 113 de la CCBA. Por lo tanto considero que solo cabe su rechazo y archivo. Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

La presentación efectuada resulta inadmisible en tanto no ha sido encuadrada en alguna de las vías procesales que habilitan la intervención de este Tribunal. En consecuencia, corresponde rechazar la pretensión y archivar las actuaciones.

Por lo demás, debo señalar que las cuestiones allí planteadas —más allá de la petición concreta que no cabe analizar por improcedente— han sido ya tratadas suficientemente en los exptes. n° 5912/2008, "Tórtora Carlos Alfredo s/acción de amparo" y n° 5894/2008, "Montenegro, Fandor Lucio y otros s/amparo art. 14, CCBA".

Sin perjuicio de lo señalado y de la forma en que voto, no me opongo a que, como actuación administrativa, la Presidencia —si lo estima pertinente— haga saber al señor Jefe de Gobierno la existencia de esta presentación y su resultado ante este estrado.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la presentación de fs. 109/116.

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

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

CXXXIII

"SOLIDARIO, PARTIDO S/INFR. ARTS. CAPS. II Y III DE LA LEY 268"

PARTIDOS POLÍTICOS: Financiamiento de campaña electoral. Origen de los fondos. Ley 268. Suspensión del proceso a prueba. Reglas de conducta.

Expte. n° 5969/08 - 18/6/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Auditoría General de la Ciudad de Buenos Aires en el Informe Final denominado "proyecto nº 5.07.06 B, *Gastos de campaña* —Segunda Vuelta Electoral— Período Bajo Examen: Junio 2007" agregado a fs. 1/106, observó al Partido Solidario por haber: a) "realizado diversos gastos que no" le fueron oportunamente comunicados, y b) omitido informar "el origen de los fondos con los que fueron abonados los mismos" (fs. 104/106 de este legajo).

2. Con motivo de la investigación preparatoria —ver fs. 119/127 y 130— ordenada por el Fiscal General en orden a la presunta infracción a las normas contenidas en los Capítulos II y III de la ley 268, compareció en la causa la doctora Karina Marcela Lamas Pasquino, quien dijo ser la apoderada partidaria y apoderada especial para actuar en estas actuaciones, y expresó que "es intención del partido político que representa proponer al señor Fiscal General la suspensión del proceso a prueba" (ver acta de comparecencia de fs. 183).

3. El pedido de suspensión del juicio a prueba se materializó mediante el escrito de fs. 217/219 presentado por el Presidente de la Junta Promotora del Partido Solidario, señor Héctor Traiber, con el patrocinio letrado de la señora apoderada

partidaria doctora Karina Marcela Lamas Pasquino —calidades que acreditaron con copia del acta fundacional del Partido Solidario, certificada por escribano público (fs. 184/216)— y, finalmente, a través del acuerdo pertinente suscripto por la señora apoderada (esta vez con las facultades especiales de las que da cuenta el acta certificada de la Junta Promotora del partido de fs. 226/227) y el señor Fiscal General, en los términos del art. 45 del Código Contravencional (ver fs. 228/229). En dicho acuerdo el Partido Solidario se comprometió a: *I)* Mantener el domicilio legal del partido en el oportunamente denunciado y comunicar a la Fiscalía General cualquier cambio de éste. *II)* Cumplir con las citaciones o requerimientos que la Fiscalía General o el Tribunal Superior de Justicia le hiciere. *III)* Comprar 60 manuales editorial Santillana Ciudad de Buenos Aires, 60 guardapolvos escolares entre 6 y 16 años y 20 tableros ajedrez y entregarlos a la escuela n° 4 D.E. 1° "De catedral al Norte José M. Estrada" con domicilio en la calle Reconquista 461. *IV)* Comprar 60 manuales editorial Santillana Ciudad de Buenos Aires, 60 guardapolvos escolares entre 6 y 16 años y 60 pares de zapatillas y entregarlos a la escuela n° 20 "Nives Oromi de Escalada" con domicilio en la calle San Antonio 682, Barracas, CABA. *V)* Comprar 60 manuales editorial Santillana Ciudad de Buenos Aires, 60 guardapolvos escolares entre 6 y 16 años y 60 pares de zapatillas y entregarlos a la Escuela n° 22 "Doctor Guillermo Rawson" con domicilio en la calle Humberto 1° n° 343, San Telmo, CABA. VI) Establecer en el ámbito del Partido Solidario medidas tendientes a capacitar a sus autoridades a fin de evitar en el futuro infracciones a la ley 268.

4. A fs. 263/266 el señor Fiscal General elevó las actuaciones al Tribunal y solicitó que disponga la suspensión del juicio a prueba, imponga las condiciones de conducta acordadas y encomiende su seguimiento a la Oficina de Control de Suspensión de Juicio a Prueba dependiente de ese Ministerio Público Fiscal.

FUNDAMENTOS:

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. El acuerdo celebrado a fs. 228/229 entre el Ministerio Público Fiscal y el Partido Solidario —representado por su apoderada partidaria y especial, doctora Karina Marcela Lamas Pasquino— se ajusta a las pautas requeridas por art. 45 del CC para la concesión del instituto de "suspensión del proceso a prueba".

2. En efecto, los hechos imputados al partido político encartado fueron enmarcados por el Ministerio Público Fiscal como posibles infracciones a las obligaciones establecidas en la ley 268 —de Regulación y Financiamiento de Campañas Electorales—, que tienen previstas las sanciones contempladas en su capítulo VI.

3. Por otra parte, las reglas de conducta concertadas se adecuan a lo estipulado en el párr. 4° del art. 45, CC, y a la naturaleza jurídica del sujeto imputado en autos (ver art. 13, sobre imputación y consecuencias relativas a personas de existencia ideal).

4. Asimismo, conforme se desprende de las constancias de fs. 224, emanadas del Registro de Contravenciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, no hay antecedentes contravencionales respecto de la persona jurídica de mención, con lo que se verifica el requisito exigido en el art. 45, primer párrafo, del Código citado.

5. Finalmente, no hay elemento de juicio alguno que permita, ni siquiera, presumir la situación o situaciones que menciona el art. 45, primer párrafo, *in fine*, para obstar a la aprobación del acuerdo.

6. Por todo ello, considero que el acuerdo de fs. 228/229 debe ser aprobado y, que, consecuentemente, el Tribunal debe suspender el proceso a prueba por el plazo de un (1) año; imponer al Partido Solidario las reglas de conducta concertadas; encomendar el seguimiento y control del cumplimiento de dichas reglas a la Oficina de Control de Suspensión de Juicio a Prueba dependiente del Ministerio Público Fiscal, a cuyo fin se remitirá el legajo; hacer saber al Partido Solidario que, en caso de no cumplir con las reglas de conducta impuestas, se revocará el beneficio concedido y continuará el proceso, de conformidad con lo dispuesto en el art. 45, párr. 5º, *in fine*, del Código Contravencional, y tener como parte integrante de la resolución al acuerdo de fs. 228/229, a cuyo efecto se agregará copia certificada.

Así lo voto.

Los jueces Alicia E. C. Ruiz, Ana María Conde y Julio B. J. Maier dijeron:

Adherimos al voto del juez José O. Casás.

El juez Luis F. Lozano dijo:

El acuerdo celebrado a fs. 228/229 entre el Ministerio Público Fiscal y el Partido Solidario —representado por su apoderada doctora Karina Marcela Lamas Pasquino— satisface los extremos cuyo control pone a cargo del Tribunal el art. 45 del CC.

Por ello, voto por aprobar el acuerdo presentado.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1º. *Aprobar* el acuerdo de fs. 228/229 —que se agrega en copia certificada y se tiene como parte integrante de esta resolución— y, en consecuencia, hacer lugar a la suspensión de proceso a prueba solicitada por el Partido Solidario, por el plazo de *un* (1) *año*.

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

3º. *Encomendar* el seguimiento y control del cumplimiento de las reglas de conducta de mención a la Oficina de Control de Suspensión de Juicio a Prueba dependiente del Ministerio Público Fiscal.

4º. *Hacer* saber al Partido Solidario que, en caso de no cumplir con las reglas de conducta impuestas, se revocará el beneficio concedido y continuará el proceso, de conformidad con lo dispuesto en el art. 45, párr. 5º, *in fine*, del Código Contravencional.

5º. *Mandar* que se registre, se notifique al Partido Solidario y al Ministerio Público Fiscal. Cumplido, remítase las actuaciones a la Oficina de Control de Suspensión de Juicio a Prueba a los fines de lo dispuesto en el punto 3.

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

En similar sentido se resolvió en las causas 5971/08 "Partido Consenso Porteño s/infr. art. 17, inc. b), de la ley 268"; n° 5972/08 "Partido Convocatoria de Integración Ciudadana s/infr. art. 17, inc. b) de la ley 268"; n° 5980/08 "Partido El Movimiento s/infr. art. 17, inc. b), de la ley 268"; y n° 5981/08 "Partido Concertación Popular s/infr. art. 17, inc. b), de la ley 268", del 25/6/2008.

CXXXIV

"ASOCIACIÓN DE EMPLEADOS DEL PODER JUDICIAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES C/GCBA S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD"

ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD: Requisitos. Caracteres. Control concentrado y abstracto. Norma de carácter general. Organización del Poder Judicial. Derechos de incidencia colectiva.

SUMARIOS:

1. No cabe admitir la acción declarativa de inconstitucionalidad cuando su contenido contiene expresiones que denotan sin lugar a dudas la existencia de un reclamo de índole particular, y el objeto procesal constituye un caso, causa o controversia incompatible con la vía del art. 113, inc. 2° de la CCBA. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

2. La acción declarativa de inconstitucionalidad del ámbito local, y de competencia originaria y exclusiva el Tribunal Superior, tiene por único objeto impugnar la validez constitucional de una norma de carácter general emanada de las autoridades locales por ser contraria a la Constitución Nacional o a la de la Ciudad. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

3. No puede confundirse el control concentrado y en abstracto de constitucionalidad del art. 113, inc. 2° de la CCBA, con el control difuso que, reconocido a todos

los jueces, se orienta al dictado de sentencias en las que se valoran situaciones jurídicas individualizadas. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

4. Es un requisito esencial del trámite preliminar de admisibilidad de la acción declarativa de inconstitucionalidad precisar con claridad las normas de carácter general sobre las que solicita el control de constitucionalidad, y los preceptos y principios constitucionales, con los que ellas entran en colisión, y explicar de manera clara y pormenorizada las razones en las que se sustenta la tacha de inconstitucionalidad. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante ver voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

5. Los argumentos que sólo expresan una discrepancia con los criterios sustentados desde la Legislatura para legislar, no resultan suficientes para dar curso a la acción de inconstitucionalidad prevista en el art. 113, inc. 2°, CCBA; menos aun cuando el fundamento de la impugnación lo constituye, centralmente, la contraposición con lo dicho por el Tribunal en un fallo anterior que no se encuentra en juego en esta oportunidad. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante ver voto de los señores jueces Julio B. J. Maier, Alicia E. C. Ruiz y Luis F. Lozano).*

6. En la acción declarativa de inconstitucionalidad, el actor tiene la carga de identificar precisamente la o las reglas particulares del orden jurídico local cuya exclusión del catálogo que lo conforma pretende, y citar con absoluta precisión el texto o segmento normativo cuya pérdida de vigencia demanda, como efecto de la sentencia que dictará el Tribunal (art. 113, inc. 2º, CCBA), pues no corresponde al Tribunal precisar su objeto. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

7. Cuando la pretensión se circunscribe a solicitar el control abstracto de normas vinculadas al interés colectivo que la actora representa, por considerar que ellas entran en pugna con la C.N. y la CCBA, el único cauce posible para debatir el punto es el previsto por el art. 113, inc. 2º de la CCBA. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

8. La circunstancia de que una norma sea atacable por constituir un obstáculo al reconocimiento de un derecho de incidencia colectiva y consiguiente progreso, en el marco de una causa, de una pretensión apoyada en él, no puede erigirse en impedimento para hacerlo opcionalmente por la vía del art. 113, inc. 2° cuando concurren los recaudos que la habilitan. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

9. Dentro del esquema de organización judicial mixta que diseñó el constituyente local, la pretensión relativa a un interés colectivo pero, al propio tiempo formuladla margen de cualquier relación jurídica concreta, como lo serían discusiones gremiales en curso o sanciones disciplinarias, remite necesariamente al proceso abstracto previsto en el art.113, inc. 2º de la CCBA. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

10. Si bien la acción declarativa de inconstitucionalidad no requiere que el promotor del proceso ostente la condición de titular de la situación jurídica involucrada en la norma de alcance general cuestionada, tampoco excluye del universo de legitimados a quienes se encuentran dentro de su ámbito de aplicación, en la medida que estos últimos circunscriban su pretensión a requerir la declaración de inconstitucionalidad como requiere el art. 113, inc. 2º, de la CCBA. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

11. La inadmisibilidad de la acción declarativa de inconstitucionalidad no obsta su promoción posterior, sea por el mismo contradictor o por uno diverso, toda vez que la previsión contenida en el art. 20 de la LPTSJ se limita a los supuestos en que el Tribunal rechace la acción, es decir, aquellos procesos en los que se produjo un debate basado en argumentos que podían interpretarse —*a priori*— consistentes, y se arribó a un resultado opuesto a la pretensión de inconstitucionalidad. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

12. La fundamentación de la tacha de inconstitucionalidad se muestra insuficiente para dar andamiento a la acción declarativa del art. 113, inc. 2° de la CCBA, cuando se construye, básicamente, a partir de la remisión a una sentencia de este Tribunal y a algunos pasajes del debate parlamentario que precedió a la sanción de las normas impugnadas. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

Expte. n° 5852/08 - 18/6/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Asociación de Empleados del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a través de su Secretario General, el señor Gustavo Daniel Horacio Sacco, promovió acción declarativa de inconstitucionalidad, en los términos del art. 113, inc. 2º, de la CCBA, a fin de que se declare la inconstitucionalidad y pérdida de vigencia de: *a)* el art. 20, incs. a), b), c), d), e), g), h), i), j), k), l), m), n) y o), ley 2386, en tanto modifica el art. 2º, incs. 3º a 6º, el art. 20, incs. 3º, 9º, 12 y 13, el art. 29, incs. 1º y 2º, el art. 30, incs. 1º a 3º, y el art. 31, inc. 6º, respectivamente de la ley 31; *b)* el art. 5º, ley 2386 en tanto reforma el art. 3º, el art. 18, incs. 3º, 4º, 5º, 6º, de la ley 1903; *c)* art. 6º, ley 2386 en tanto modifica el art. 21, incs. 1º y 2º, ley 1.903; *d)* el art. 8º, ley 2386, en tanto modifica el art. 23, ley 1903; *e)* el art. 10, ley 2386 en tanto modifica el art. 25, ley 1903, y *f)* el art. 5º, ley 2386, en tanto modifica el art. 28, ley 1903 (fs. 178/192), por cercenar indebidamente "la actividad institucional del Consejo de la Magistratura según la planificación constitucional local" consagrada por el art. 116, CCBA (fs. 192).

2. A fs. 197/201, el Tribunal rechazó *in limine* la petición formulada por la actora en el punto 9 "Excusación obligada del representante del Ministerio Público" y decidió, por mayoría, correr vista al señor Fiscal General por el plazo de 5 (cinco) días, para que se expidiera en relación con la admisibilidad formal de la acción planeada en autos.

3. A fs. 208/213, el señor Fiscal General emitió su dictamen y opinó que "no se encuentran satisfechos los recaudos legales que tornan admisible la acción intentada" de acuerdo a lo establecido por el art. 19, inc. 2º, ley 402, porque no se definió clara y concretamente cuáles son las disposiciones atacadas ni tampoco se fundamentó suficientemente la pretensión.

En su opinión la presentación sólo evidencia "la mera disconformidad con la forma en que legalmente se encuentran repartidas las funciones de gobierno en el Poder Judicial" de la Ciudad y que el objeto procesal de la demanda debe "buscarse a través de acciones de certeza" (fs. 212 vta.).

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. La Asociación de Empleados del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires promueve la presente demanda con el fin de que se declare la inconstitucionalidad de los artículos de las "leyes 1903, según texto ordenado por la ley 2386, y ley 2386", que redistribuyen algunas de las competencias funcionales de los órganos *intra* poder que integran el Poder Judicial de la Ciudad, establecidas por la ley 31.

La pretensión resulta formalmente improcedente en los términos del art. 113, inc. 2, CCBA, y los arts. 17 y concs. de la ley 402, sustancialmente por dos razones, que expondré a continuación.

2. En primer lugar porque el objeto procesal que, en sustancia, exhibe la presentación, constituye un caso, causa o controversia, incompatible con la vía intentada.

Lo expuesto se advierte, por una parte, a partir de las propias expresiones de la actora en cuanto expresa "la pecularidad que inviste la acción regulada en el art. 113 de la CCBA no implica que aquí se ejerza una pretensión meramente consultiva. En el particular advertimos claramente la presencia de un 'caso' o 'causa' en los términos del art. 116 de la C.N. en tanto el pronunciamiento que se pretende no asume el carácter de encuesta o consulta meramente académica, sino que se sustenta, *primero*, en la diáfana alteración del orden institucional proyectado por el constituyente local (...), y *segundo*, que la normativa impugnada incide en el ejercicio regular y eficaz de la acción sindical a la que se debe ajustar la demandante, generando el nuevo cuadro normativo un desequilibrio en las condiciones de trabajo de los presentados frente a la duplicidad de regímenes normativos, con evidente trato discriminatorio en la selección del personal —en detrimento de una porción considerable del universo de empleados—, lo que configura una grave afectación del art. 14 bis de la C. N." (fs. 179 vta.).

Por otra parte —y en rigor de verdad—, la configuración del caso, causa o controversia resulta apreciable en todo el contenido de la demanda, por ejemplo cuando se sostiene que: *a)* la norma atacada "incide en forma directa en las incumbencias propias del sindicato, de modo tal que la puesta en ejecución de la ley tergiversa y duplica, de modo innecesario, la actividad colectiva de representación" (fs. 178 vta.); *b)* "[C]oncurrentemente con la invalidez normativa pretendida, la asociación persigue la tutela y defensa de los derechos de los trabajadores comprendidos en el ámbito de su representación, resguardando la igualdad de condiciones de trabajo, de oportunidad y de ascenso escalafonario" (fs. 178 vta.); *c)* "[E]l punto de partida

de todo análisis de legitimación sustancial está vinculado al interés que esta parte invoca para ser protagonista de la reclamación institucional (...), en tanto se presenta invocando una representación sindical" (fs. 179 vta.); entre otras varias expresiones que denotan, sin lugar a dudas, la existencia de un reclamo de índole particular.

Esta conclusión se ve corroborada con la documentación agregada a fs. 123 (Acta N 07/2007 de la Comisión Directiva de la Asociación de Empleados del Poder Judicial de la Ciudad), en la cual se formalizó la voluntad de la Asociación de instar la presente acción, cuando alude a que "no sólo trata de una cuestión institucional, en defensa del sistema y división de poderes dentro del Gobierno de la Ciudad, sino de la presentación y defensa concreta del personal comprendido por esta Asociación, resguardando la igualdad de oportunidades, de régimen laboral y del derecho al ascenso escalafonario" puesto que "ya se han producido casos que alteran esa igualdad ante la ley, generando favoritismos y afectaciones que son lesivas de los derechos y garantías por lo que procedería la acción declarativa".

Desde sus primeros pronunciamientos, el Tribunal señaló que la acción declarativa de inconstitucionalidad del ámbito local, y de competencia originaria y exclusiva el Tribunal Superior, tiene por único objeto impugnar la validez constitucional de una norma de carácter general emanada de las autoridades locales por ser contraria a la Constitución Nacional o a esta Constitución y que no puede confundirse el control concentrado y en abstracto de constitucionalidad, con el control difuso que, reconocido a todos los jueces, se orienta al dictado de sentencias en las que se valoran situaciones jurídicas individualizadas (*Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. I, pp. 56 y ss., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, *in re*, Massalín Particulares S.A. c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 31/99, resolución del 5/5/1999 y *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. II, pp. 426 y ss., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, *in re* "Asociación de Médicos Municipales de la Ciudad de buenos Aires c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 577/00, resolución del 30/11/2000) y que la inclusión —ya sea de modo incidental o como fundamento jurídico de condena— de una cuestión constitucional en el marco de una acción que en definitiva procura el ejercicio del control difuso de constitucionalidad, no convierte la acción en la prevista en el inc. 2º del art. 113, CCBA, pues es menester que el único objeto de ésta última sea el control abstracto de constitucionalidad (conf. este Tribunal *in re* "Farkas, Roberto y otro c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 7/99 SAO, resolución del 28/6/1999; "Oronoz de Bigatón, Celina c/GCBA s/amparo", expte. nº 98/99 SAO, resolución del 29/9/1999; "Finkelberg, Oscar Guido c/GCBA s/acción declarativa (art. 322, CPCC)", expte. nº 136/99 SAO, resolución del 17/11/99 e "Iráizoz, Juan Fermín c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 158/99 SAO, resolución del 15/12/1999, entre muchos otros).

3. En segundo lugar, la interesada no logra articular un planteo apto en los términos del art. 19, inc. 2º, ley 402, en tanto ello exige, por un lado, la mención precisa de las normas que se estima contrarias a la C.N. o a la CCBA y, por el otro, el desarrollo adecuado de los fundamentos que sustentan tal contradicción.

En efecto, este Tribunal ya ha advertido "que es un requisito esencial del trámite preliminar de admisibilidad de la acción declarativa de inconstitucionalidad que quien la inicie precise con claridad cuáles son las normas de carácter general sobre las que solicita el control de constitucionalidad, y cuáles los preceptos y principios constitucionales, con los que las primeras entran en colisión. También es ineludible que explique de manera clara y pormenorizada las razones en las que sustenta la tacha de inconstitucionalidad (*in re* "Massalín" ya citado).

En este punto, y tal como lo señala el señor Fiscal General en el punto V de su dictamen (fs. 209/210), resulta relevante la falta de precisión que evidencia la demanda al momento de determinar si la acción se dirige contra las leyes reformadas (leyes nº 31 y nº 1903) o contra la ley "reformante" (ley 2386), pues las consecuencias son muy distintas y no parece posible que, frente a una demanda de esta naturaleza y de trascendencia institucional, sea el Tribunal quien precise su objeto (conf. este Tribunal *in re* "Villegas, Héctor c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", *Constitución y Justicia*, t. III, pp. 620 y ss.).

Pero además, la presentación en examen exhibe otra severa deficiencia consistente en que la razón central alegada para fundar la inconstitucionalidad de las normas cuestionadas reposa casi excluyentemente en el fallo arribado por este Tribunal en la causa "Ministerio Público (Defensoría General y Alegoría General de Menores e Incapaces) c/Consejo de la Magistratura s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 70/1999 (ver punto 5.2, fs. 181 vta./182 vta.) y en el debate parlamentario de la ley 2386 —este último también contrastado a su vez con el fallo del Tribunal recién referenciado (fs. 5.4, fs. 186 vta.//190)—; empero adolece de un desarrollo argumental autónomo, claro y serio, que establezca una adecuada vinculación con la afectación de algún precepto o garantía constitucional local o nacional, tal como lo requiere una acción de esta naturaleza.

Argumentos como los aludidos, que sólo expresan una discrepancia con los criterios sustentados desde la Legislatura para legislar, no resultan suficientes para dar curso a la acción de inconstitucionalidad prevista en el art. 113, inc. 2º, CCBA; menos aun cuando el fundamento de la impugnación lo constituye, centralmente, la contraposición con lo dicho por el Tribunal en un fallo anterior donde resultaba escrutada una ley, la 31, que no se encuentra en juego en esta oportunidad. En este sentido, creo necesario destacar que la validez constitucional de una ley anterior que establecía un modelo institucional diferente para el Ministerio Público no indica, sin más, que una ley posterior que adopta otra estructura, no pueda revestir igual condición de constitucionalidad, ya que, de lo que se trata por medio de esta vía es de demostrar —en cada caso— la falta de compatibilidad de las normas impugnadas con los preceptos constitucionales.

Por último, no está de más recordar que la declaración de inconstitucionalidad de una ley constituye una medida de extrema gravedad institucional, por lo que corresponde exigir a quien pretenda obtenerla un sustento argumental sólido que contenga la propuesta de un debate constitucional serio y fundado (conf. mi voto en "Tórtora, Carlos Alfredo c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad",

expte. nº 4884/06, resolución del 1º/11/2006), notas —en suma— que no advierto en la demanda interpuesta.

4. Por las razones expuestas en los puntos precedentes voto por declarar inadmisible la demanda planteada a fs. 178/192.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. Coincido con la jueza de trámite, Ana María Conde, en declarar inadmisible la demanda presentada por la Asociación de Empleados del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2. Son requisitos esenciales del trámite preliminar de admisibilidad de la acción declarativa de inconstitucionalidad (art. 113, inc. 2º de la CCBA) que quien la inicie precise con claridad las normas de carácter general sobre las que solicita el control de constitucionalidad y los preceptos y principios constitucionales con los que colisionarían y explique de manera clara y pormenorizada las razones en las que sustenta la tacha de inconstitucionalidad.

Los recaudos indicados arriba no han sido satisfechos por la actora cuya presentación carece de argumentos suficientes que pongan en crisis, desde la óptica constitucional, las leyes nº 1903 y nº 2386. En efecto, el escrito de fs. 178/192 sólo contiene reproches a fragmentos de deliberación parlamentaria y referencias genéricas a jurisprudencia que emitiera el Tribunal antes de que se dictaran las normas objetadas.

Asimismo, lo peticionado a fs. 178/192 (clarificar el escenario de actuación gremial de la Asociación) no guarda correspondencia con el objeto de la acción declarativa de inconstitucionalidad que no comprende el reconocimiento de situaciones jurídicas individualizadas.

3. Por ello, voto por declarar inadmisible la acción promovida por al Asociación de Empleados del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a fs. 178/192.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

Me adhiero al voto de la señora jueza de trámite y agrego:

1. El planteo de fs. 178/192 vta. resulta ineficaz a los efectos de identificar inequívocamente la voluntad impugnativa de la actora y el objeto procesal de la acción. En efecto, la demanda, en principio, no sigue el temperamento impuesto por el TSJBA, pues, en lugar de identificar normas específicas, en pugna con las Constituciones Nacional o local, pretende la declaración de inconstitucionalidad virtualmente *in totum* —o, cuando menos, radicalmente indeterminada— de la ley 2386, en tanto ésta impacta en la reforma de:

a) catorce disposiciones de la ley 31 (Ley Orgánica del Consejo de la Magistratura, sancionada el 28/5/1998), referidas a temas de tal magnitud como las atribuciones y competencias del Consejo (art. 2º, incs. 3º, 4º, 5º y 6º); las facultades del Plenario del Consejo (art. 20, incs. 3º, 9º, 12 y

13); la competencia de la Comisión de Administración y Financiera para elaborar el anteproyecto de presupuesto anual y ejecutar el presupuesto del Poder Judicial, excluidos los correspondientes al Tribunal Superior y al Ministerio Público (art. 29, incs. 1º y 2º), la definición de las funciones de la Comisión de Disciplina y Acusación (art. 30, incs. 2º, 3º y 6º) y la definición de las faltas disciplinarias (art. 31, inc. 6º); y

b) diez disposiciones de la ley 1903 (Ley Orgánica del Ministerio Público, sancionada el 6/12/2005), relativas a la autonomía funcional del Ministerio Público (art. 3º); las facultades de la Fiscalía General, la Defensoría General y la Asesoría General Tutelar que, en sus respectivos ámbitos, tienen a su cargo el gobierno y la administración del Ministerio Público (art. 18, incs. 3º, 4º, 5º y 6º); las atribuciones de este órgano en punto a la administración general y financiera (art. 21, incs. 1º y 2º); la ejecución del presupuesto asignado (art. 23), las facultades disciplinarias (art. 25) y la aplicación de sanciones a cargo del Tribunal de Disciplina (art. 28).

De este modo, bajo la hipótesis de que este profuso número de decisivas normas sea, *efectivamente*, el objeto de la impugnación intentada por la Asociación de Empleados del Poder Judicial de la CABA (sobre este punto, ver las esclarecedoras consideraciones del señor Fiscal General, punto V de su dictamen), 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 *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], cit., t. III, 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 el actor (razonablemente) 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. 2º, CCBA), pues no parece posible que, frente a una demanda de esta naturaleza, sea el Tribunal quien precise su objeto (conf., asimismo, la doctrina del Tribunal en las causas "Oliveto, Noemí Flavia y otros c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 2660/03, resolución del 11/2/2004, "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).

Reitero, a modo de énfasis y desarrollo, que el señor Fiscal General, en su dictamen, extrema esta crítica al escrito de interposición de la demanda, al afirmar que la actora no aclara o explica tan siquiera si la impugnación que pretende se dirige contra las leyes 31 y 1903, según la reforma de la ley 2386 o, derechamen-

te, contra la reforma operada por la última. "Dilucidar, entonces, si la acción se dirige contra las leyes reformadas, o contra la ley 'reformante' no es menor, pues las consecuencias son muy distintas... Atacar la ley de reforma, pero también la ley reformada, constituye un binomio en que sus partes repelen el tratamiento unificado que propone el recurrente: rechazar la acción en un sentido, implicaría necesariamente rechazarla en el otro, pero a la inversa, hacer lugar a uno de ellos, conllevaría la imposibilidad de hacer lo propio respecto del otro" (fs. 210).

2. También resulta un requisito ineludible del trámite preliminar de admisibilidad de la acción declarativa de inconstitucionalidad que quien la inicie explique de manera clara y pormenorizada *las razones* en las que sustenta la tacha de inconstitucionalidad. El voto de la doctora Ana María Conde expone con suficiencia el fracaso de la demanda en este aspecto y, por razones de brevedad, me remito a esa exposición (ver punto 3 de su meditado voto). Profundiza el carácter deficitario de la fundamentación del escrito la inatinencia del desarrollo e ilustración profusa del par conceptual 'interés individual / interés colectivo' (fs. 180 y ss.), que deriva en el relevamiento por la actora de las supuestas concepciones de autores como Bourdieu, Bachelard, Kant, Hume y Leibniz en esta materia (fs. 180 vta.).

Finalmente, las consideraciones de la actora en cuanto al modo en que la normativa en crisis incide en las incumbencias del sindicato —y sus pretensiones orientadas a que sus obligaciones y potestades gremiales resulten esclarecidas a través de la sentencia de este Tribunal— no se corresponden con el carácter abstracto del test de validez constitucional que articula el art. 113, inc. 2º, de la CCBA, como lo indican las señoras juezas Conde y Ruiz en el punto 2 de sus respectivos votos.

Por las razones expuestas, voto por declarar inadmisible la demanda planteada.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. La Asociación de Empleados del Poder Judicial (en adelante AEJP) se encuentra legitimada para promover la acción declarativa de inconstitucionalidad (art. 18, inc. 2º, ley 402).

Es cierto que en varios pasajes de la demanda, la actora, invoca la representación de un interés colectivo. En efecto, señala que posee "legitimación sustancial del sindicato para requerir el cumplimiento de una estructura institucional de índole fundacional / constitucional, procurando así el mantenimiento de las condiciones colectivas de trabajo dentro del marco de la Constitución", y sostiene que en el particular se advierte "la presencia de un 'caso' o 'causa' en los términos del art. 116 de la C.N.". Incluso apunta que los preceptos impugnados en tanto distribuyen, entre el Consejo de la Magistratura y el Ministerio Público, competencias que la CCBA asigna privativamente al primero de los órganos mencionados, representa un peligro "(…) en ciernes de las condiciones de trabajo" porque a su criterio, "(…) están en juego 'las condiciones de vida y trabajo (de los trabajadores)'" circunstancia por la cual, según postula, "(…) el reclamo se encuentra dentro del objeto de actuación de la organización sindical" y en línea con "(…) la legitimación amplia que otorga

el art. 43 de la C.N. para la actuación de intereses colectivos y difusos". Por ello, para lo que ahora importa, la accionante sostiene que "(…) la pretensión articulada procura la satisfacción de un interés colectivo" (fs. 179/ 180).

Lo anterior podría conducir a considerar que, la demanda articulada por la AEPJ, excede el ámbito propio del control de constitucionalidad abstracto dentro del que se desenvuelve el proceso previsto por el art. 113, inc. 2º, de la CCBA. Sin embargo, analizada la cuestión desde la perspectiva que brinda la organización del Poder Judicial delineada en los arts. 106 y 113 de la CCBA, en la que el control de constitucionalidad difuso (concreto y, por regla, *inter partes)* convive con el concentrado (abstracto y con efectos *erga omnes),* aquella conclusión resultaría apresurada.

2. Es una realidad innegable que la expansión de la legitimación originada a partir de la reforma de la C.N. ocurrida en 1994, receptada también en la CCBA (art. 14), permite que un sujeto que no es titular exclusivo del derecho puesto en juego, busque un reconocimiento judicial que lo comprenda como parte de un universo más vasto de titulares cuando ese derecho es de incidencia colectiva. En estos supuestos, la intervención judicial solicitada puede registrar un grado variable de vinculación con relaciones jurídicas concretas, según sea la colectividad fruto del carácter indivisible o acumulativo de la prestación, y corresponderá al ámbito del control difuso. En cambio, cuando como en autos, la pretensión se circunscribe a solicitar el control abstracto de normas vinculadas al interés colectivo que la actora representa, por considerar que ellas entran en pugna con la Constitución Nacional y la CCBA, el único cauce posible para debatir el punto es el previsto por el art. 113, inc. 2º de la CCBA.

Dicho en otras palabras, la circunstancia de que una norma sea atacable por constituir un obstáculo al reconocimiento de un derecho de incidencia colectiva y consiguiente progreso, en el marco de una causa, de una pretensión apoyada en él, no puede erigirse en impedimento para hacerlo opcionalmente por la vía del art. 113, inc. 2º cuando concurren los recaudos que la habilitan.

3. Dentro del esquema de organización judicial mixta que diseñó el constituyente local, la pretensión de la parte actora, relativa a un interés colectivo pero, al propio tiempo, formulada al margen de cualquier relación jurídica concreta (como lo serían discusiones gremiales en curso o sanciones disciplinarias o de superintendencia resistidas), remite necesariamente al proceso abstracto previsto en el art. 113, inc. 2º de la CCBA. Mientras que en la acción declarativa de inconstitucionalidad allí prevista, el objeto del juicio es controlar la coherencia del ordenamiento jurídico y su forma de producción en abstracto, los jueces llamados a intervenir en el marco de causas (art. 106 de la CCBA), en cambio, no puede pronunciarse, ni siquiera en la acción de certeza (art. 277 del CCAyT) y aun cuando se requiriera tutela en relación con derechos de incidencia colectiva, si la pretensión esgrimida no asegura que la sentencia operará sobre derechos comprometidos por relaciones jurídicas concretas.

Parece evidente que la altísima demanda requerida al servicio de justicia para acceder al goce básico, o a veces más completo, del catálogo de derechos incluido en la C.N. y en la CCBA, sumado a los nuevos horizontes que demarca, por ejemplo, la ley ambiental (25.675), los tratados internacionales o el propio art. 43 de la C.N., han llevado a la propia CSJN a extremar sus esfuerzos para responder a las exigencias actuales. Para ilustrar el punto basta con remitir a la lectura de las sentencias recaídas en los casos "Lavado, Diego J. y otros c/Provincia de Mendoza y otro s/acción declarativa de certeza" (*Fallos,* 330:111), "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/Estado Nacional y otros s/daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza- Riachuelo" (*Fallos,* 329:2316)" y "Mujeres por la Vida, Asociación Civil sin Fines de Lucro —filial Córdoba— c/EN —PEN— Mº de Salud y Acción Social de la Nación s/amparo" (*Fallos,* 329:4593), por mencionar sólo algunos de los precedentes característicos de los nuevos desafíos que enfrenta la organización judicial moderna. Este desafío, en la CABA, cuenta con una herramienta procesal que debe ser aprovechada pues, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito propio del control difuso, son características naturales de la acción declarativa de inconstitucionalidad tanto el carácter abstracto del debate como el posible efecto *erga omnes* de la sentencia estimativa. Por eso, los recaudos propios de la acción declarativa de inconstitucionalidad, previstos en el art. 113, inc. 2º de la CCBA, buscan equilibrar su potencia con el derecho de defensa de quienes no integran la litis, la división de poderes y el efecto expansivo de una eventual sentencia estimativa.

Ello no significa que todo derecho de incidencia colectiva de pábulo a una acción del art. 113, inc. 2º, de la CCBA a condición de eliminar la pretensión propia de dicho derecho sino, solamente, que algunas situaciones permiten optar por un camino u otro, asumiendo las distintas consecuencias de una y otra acción. Así, por ejemplo, no sería posible requerir la reparación de daños ambientales o el desarrollo de acciones de reposición del ambiente en el marco de una acción del art. 113, inc. 2º, citado; sí, en cambio, la eliminación de una ley relativa al ambiente si su contenido fuera conculcatorio de disposiciones constitucionales.

4. En tal contexto, una pretensión como la articulada en la demanda que, según quedó dicho, requiere la declaración de inconstitucionalidad de determinados artículos de la ley 2386 sin vincularlos a relaciones jurídicas concretas, conduce a que quepa el control de constitucionalidad abstracto mientras que no estarían reunidos los extremos que habilitarían el difuso ante una pretensión personal o colectiva una de cuyas bases jurídicas fuera esa misma inconstitucionalidad. Más allá del significado ambiguo que se pudiera asignar a ciertos pasajes de la demanda, a esta altura del proceso, resulta dirimente que el planteo de inconstitucionalidad no remite al análisis de situaciones jurídicas concretas, ni individuales ni colectivas.

Por otro lado, según tiene dicho el TSJBA, si bien la acción declarativa de inconstitucionalidad no requiere que el promotor del proceso ostente la condición de titular de la situación jurídica involucrada en la norma de alcance general cuestionada, tampoco excluye del universo de legitimados a quienes se encuentran

dentro de su ámbito de aplicación, en la medida que estos últimos circunscriban su pretensión a requerir la declaración de inconstitucionalidad como requiere el art. 113, inc. 2º, de la CCBA (conf. TSJBA, "Unión Transitoria de Agentes S.A. y otros c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. 1268/2001, y su acumulado "Héctor Villegas c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. 1276/2001, sent. del 26/12/2001).

Las consideraciones enunciadas, aplicadas al supuesto que nos convoca, permiten concluir que la AEPJ, representante de los derechos colectivos que le encomienda la ley 23.551 de asociaciones sindicales, requiere la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos que estima contrarios a los arts. 116, 124 y 125 de la CCBA, al margen de toda relación jurídica concreta de la que fuera parte. En tales condiciones, en este aspecto, la demanda satisface las exigencias previstas para admitir una pretensión como la formulada a fs. 192 vta.

5. Sin embargo, la acción incoada no puede ser admitida por cuanto, como sostiene mi colega Ana María Conde, la presentación de la AEPJ no cumple con el recaudo de fundamentación exigible para esta clase de procesos.

Desde sus primeros pronunciamientos, este Tribunal ha exigido que el promotor de la acción declarativa de inconstitucionalidad cumpla con explicar "de manera clara y pormenorizada las razones en las que sustenta la tacha de inconstitucionalidad" (*in re* "Massalín Particulares S.A. c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 31/99, resolución del 5/5/1999, *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. I, pp. 56 y ss., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, entre otros). Por su parte, el art. 19, inc. 2º de la ley 402 establece que la acción debe contener "los fundamentos que motivan la pretensión, indicando los principios, derechos o garantías constitucionales presuntamente afectados".

Como expresé en otras oportunidades, la exigencia de fundamentar la acción declarativa de inconstitucionalidad debe ser observada por quien la insta con mayor intensidad que en aquellas presentaciones que involucran la competencia asignada a este Tribunal por el art. 113.3, CCBA, pues la actora, al escoger la primera de las vías de impugnación constitucional mencionadas, obra en interés de la ley (conf. art. 17 de la ley 402), lo que implica que el vigor con que esta acción es esgrimida resulta vital para que un debate, organizado con formato judicial, rinda sus mejores frutos o, mejor aún, no arroje resultados no queridos, exigencia que no queda satisfecha si los argumentos sobre los que pretende apoyar la impugnación no se hacen cargo, al menos, de las objeciones que previsiblemente puedan aducirse para respaldar la compatibilidad o coherencia de las normas cuestionadas con los preceptos de la Constitución local que se aducen vulnerados (conf. mi voto *in re* "Fedecámaras c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 3725/2004, sent. del 16/3/2005, entre otros).

El control bajo una apreciación rigurosa del estándar enunciado no proyecta consecuencias irreversibles. Por el contrario, la inadmisibilidad de la acción dispuesta en las condiciones aludidas, no obsta su promoción posterior, sea por el mismo contradictor o por uno diverso, toda vez que la previsión contenida en el

art. 20 de la LPTSJ se limita a los supuestos en que el Tribunal rechace la acción, es decir, aquellos procesos en los que se produjo un debate basado en argumentos que podían interpretarse —*a priori*— consistentes, y se arribó a un resultado opuesto a la pretensión de inconstitucionalidad. De suerte que, no habiéndose arribado al rechazo de la acción, ésta quedaría habilitada para ser incoada nuevamente para impugnar idénticas normas, introduciendo al debate fundamentos con el vigor que la acción amerita.

6. Desde la perspectiva que brindan las consideraciones formuladas en los párrafos precedentes, la impugnación que la AEPJ efectúa respecto de las disposiciones normativas contenidas en la ley 2386 —detalladas en los resultas de esta resolución—, en cuanto introducen modificaciones a la ley 1903 (ley del Ministerio Público) y, por su intermedio, a la ley 31 (Ley Orgánica del Consejo de la Magistratura), y que redundan, principalmente, en la atribución de ciertas competencias al Ministerio Público en materia reglamentaria, presupuestaria y disciplinaria con relación a dicho órgano, limitando correlativamente las potestades del Consejo de la Magistratura, por considerar que son contrarios a los arts. 116, 124 y 125 de la CCBA, no cumple con el recaudo de fundamentación en los términos enunciados.

La objeción constitucional es clara y no correspondería exigir a su respecto mayor desarrollo dialéctico, porque se entiende que la actora estima incompatible con la CCBA cualquier distribución de las competencias que los arts. 116, 124 y 125 atribuyen al Consejo de la Magistratura. El problema no es, entonces, la oscuridad del argumento, sino que el desarrollo argumental de la demanda soslaya toda respuesta en relación con motivos previsibles para postular la compatibilidad o coherencia de las normas cuestionadas con los preceptos constitucionales que se aducen vulnerados.

En efecto, el principal argumento en que la actora respalda su pretensión, se reduce a la invocación del precedente de este Tribunal *in re* "Ministerio Público (Defensoría y Asesoría General de Menores e Incapaces) c/Consejo de la Magistratura s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 70/99, sent. del 22/10/1999, en el que se abordó una cuestión semejante a la ahora involucrada. En aquella oportunidad, como sostiene la accionante, se cuestionaba la constitucionalidad de diversos artículos de la ley 31, y de la resolución 52/99 CM, en cuanto conferían competencia a este órgano para definir por reglamento la estructura orgánica del Ministerio Público y para establecer normas de nombramiento, remoción y régimen disciplinario de los funcionarios y empleados que integren el Ministerio Público. Sin embargo, aunque en aquella oportunidad el Tribunal rechazó la demanda de inconstitucionalidad interpuesta, en virtud de una exégesis de las normas impugnadas que las exhibió como compatibles con el reparto de competencias delineado por la CCBA, ello no resulta suficiente para sostener la pretensión de inconstitucionalidad introducida en esta oportunidad, pues aquella interpretación no excluyó la posibilidad de que el órgano representativo de la voluntad popular dicte, en ejercicio de la atribución conferida por el art. 117, CCBA, otras normas que también armonicen

con el marco delineado por la CCBA. En otras palabras, el actor no se hace cargo de un argumento muy obvio: que las normas que reglamentan las disposiciones constitucionales involucradas pueden variar sin que ello signifique necesariamente vulnerar el mandato constitucional en juego.

Por su parte, las referencias que se efectúan a los debates legislativos tampoco logran conmover la solución auspiciada, ya que la opinión de minoría según la cual las mentadas competencias serían sólo atribuibles al Consejo de la Magistratura, no muestra automáticamente la invalidez constitucional de la reglamentación legal sancionada por la mayoría.

En suma, por las razones dadas, voto por declarar inadmisible la acción declarativa de inconstitucionalidad interpuesta por la Asociación de Empleados del Poder Judicial.

El juez José O. Casás dijo:

1. Participo de la opinión de mis colegas, en la medida en que concluyen que la presente acción declarativa de inconstitucionalidad no resulta formalmente admisible, por cuanto la parte actora no ha logrado fundamentar con suficiencia los motivos que la conducen a afirmar que el conjunto de normas legales cuya pérdida de vigencia reclama es susceptible de vulnerar preceptos de la Constitución nacional y/o de la local.

2. En efecto, si bien el escrito de inicio contiene una crítica general sobre un extenso número de disposiciones contenidas en las leyes 1903 y 2386 que se refieren a la organización del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, reproche que —en definitiva— se orienta a demostrar que el reconocimiento de determinadas atribuciones en materia reglamentaria, presupuestaria y disciplinaria en cabeza del Ministerio Público local resultaría contrario a ciertos preceptos de rango constitucional, lo cierto es que la fundamentación de la tacha señalada se muestra insuficiente para dar andamiento a la vía elegida, en tanto se construye, básicamente, a partir de la remisión a una sentencia de este Tribunal y a algunos pasajes del debate parlamentario que precedió a la sanción de las normas impugnadas.

3. En cuanto a la referencia a la sentencia de fecha 22/10/1999 recaída en la causa nº 70/99 "Ministerio Público (Defensoría y Asesoría General de Menores e Incapaces) c/Consejo de la Magistratura s/acción declarativa de inconstitucionalidad", mediante la cual este Tribunal descartó diversas impugnaciones formuladas contra la ley 31, estimo que ella es insuficiente para respaldar los planteos de inconstitucionalidad deducidos en este expediente. Para concluir de esta forma, basta poner de resalto —tal como lo hace en el punto 6 de su voto mi colega, el doctor Luis F. Lozano— que el alcance del precedente citado de ningún modo permite afirmar que cualquier regulación legal distinta a la contenida en la ley 31 resulta, sin más, inconstitucional.

Similar línea de razonamiento viene a frustrar también el fundamento cimentado en la opinión de ciertos legisladores que intervinieron en el debate

parlamentario previo a la sanción de las normas legales objeto de tacha. En este caso, el sólo hecho de haberse constatado la presencia de una posición minoritaria que propició un criterio distinto a la hora de establecer el reparto de competencias entre el Consejo de la Magistratura y el Ministerio Público, no permite afirmar, sin mayor desarrollo argumental, que las normas finalmente sancionadas sean contrarias a la Constitución.

4. Por todo lo expuesto, considero que la acción deducida —en los términos en que ha sido formulada— debe ser declarada inadmisible, pues no se ha dado cumplimiento a la exigencia de fundamentación para motivar la pretensión, establecida en el art. 19, inc. 2º, de la LPTSJ y en la jurisprudencia del Tribunal (*in re*: "Massalín Particulares S.A. c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 31/99, resolución del 5/5/1999, *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, t. I, p. 56 y ss., entre otros).

Así lo voto.

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el señor Fiscal General,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* inadmisible la acción de inconstitucionalidad planteada a fs. 178/192 por la Asociación de Empleados del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

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

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

CXXXV

"ANAPIOS, ERNESTO S/QUEJA POR RETARDO, PRIVACIÓN O DENEGACIÓN DE JUSTICIA EN: 'ANAPIOS, ERNESTO C/CONSEJO PROFESIONAL DE CIENCIAS ECONÓMICAS S/IMPUGNACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS'"

RECURSO DE QUEJA POR RETARDO, PRIVACIÓN O DENEGACIÓN DE JUSTICIA: Requisitos.

SUMARIOS:

1. Debe rechazarse *in limine* la presentación cuando el escrito en análisis, no permite entender cuál es el hecho o la omisión que motiva la queja por denegación de justicia y cuáles son las razones que impiden al solicitante, por inexistencia o ineficacia, acudir a otra vía procesal. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al*

que adhiere la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante ver voto de los señores jueces Julio B. J. Maier y José O. Casás).

2. La procedencia del recurso de queja por denegación de justicia requiere la indicación precisa del órgano jurisdiccional autor, por acto u omisión, de la privación, denegación o retardo injustificado de justicia; la identificación del hecho o la omisión que lo motiva así como la del derecho que se considera violado o amenazado y la enunciación de las razones que impiden, por inexistencia o ineficacia, acudir a otra vía procesal (art. 36 de la ley 402*). (Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. n° 5958/08 - 18/6/2008

VISTO:

el expediente citado en el epígrafe,

RESULTA:

A fs. 1/2 el señor Ernesto Anapios interpone "queja por denegación de justicia". Expresa que se presenta en relación al expte. n° 23.714/0, caratulado "Anapios, Ernesto c/Consejo Profesional de Ciencias Económicas s/impugnación de actos administrativos", que tramita ante el Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario N° 2, a cargo del doctor Roberto Andrés Gallardo, y pide, en concreto, que se ordene al juez "dictar sentencia dentro del plazo de 3 (tres) días".

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

La presentación *sub examine* solo satisface el requisito estipulado por el art. 36, inc. a) de la ley 402 —en la medida que indica con precisión cuál es el órgano jurisdiccional al que considera autor, por acto u omisión, de la privación, denegación o retardo injustificado de justicia—. No sucede lo mismo en relación a los dos presupuestos de admisibilidad restantes (incs. b] y c], art. cit.).

En efecto, el difuso relato que se hace en los puntos 2 y 3 del escrito en análisis, no permite entender cuál es el hecho o la omisión que motiva la queja y cuáles son las razones que impiden al solicitante, por inexistencia o ineficacia, acudir a otra vía procesal.

Las confusas y oscuras referencias al expte. n° 22.616/0 "Anapios, Ernesto c/Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Ciudad Autónoma s/amparo (art. 14, CCBA) que —según expresa el presentante— tramitó ante el Juzgado CAyT N° 6 y que —también según sus propios dichos— tuvo por objeto un "amparo por mora", y la imputación de que, similar trámite, por aplicación de la ley nacional 16.986, corresponde a la causa en relación a la cual se plantea la queja, sin ninguna otra aclaración —cuando todo parece indicar que se trata de un juicio ordinario—, son una muestra acabada de la imprecisión aludida.

Por su parte, la transcripción parcial —sin más— de la decisión que habría adoptado la Sala II de la Cámara CAyT de rechazar la conexidad de ambos expedientes aludidos *supra,* dispuesta por el juez Gallardo, tampoco nada dice acerca de cuáles son las circunstancias que impiden al solicitante, por inexistencia o ineficacia, acudir a otra vía procesal.

En tales condiciones, la presentación debe ser rechazada *in limine* y, en consecuencia, ordenarse el archivo de las actuaciones. Así voto.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

Tiene razón la señora juez de trámite a cuyo voto me adhiero. La presentación parece más una imputación personal al juez contra quien dirige la petición —único dato claro en el escrito— que una exposición del acto omitido a juicio del recurrente y de las reglas jurídicas que le imponen al juez el deber de obrar en un momento y en un sentido determinado por la ley. La confusa situación planteada impide el intento de averiguarla, entrometiéndonos en el quehacer de un órgano judicial, por definición independiente, sin un norte jurídico precisado de antemano. Obsérvese, sólo como ejemplo, lo dispuesto por el art. 150 del CCAyT (ley local 189) y, en él, la autoridad competente para decidir, en principio, estas cuestiones.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Coincido con la solución que propicia en su voto mi colega Alicia E. C. Ruiz.

El señor Anapios interpuso una "queja por denegación de justicia", según sus dichos, en relación con los autos "Anapios, Ernesto c/Consejo Profesional de Ciencias Económicas s/impugnación de actos administrativos", expte. nº 23.714/0, que tramitan ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nº 2. En su presentación requiere al Tribunal que ordene al juez interviniente "dictar sentencia dentro del plazo de 3 (tres) días" (fs. 1/2).

2. La procedencia de la vía instada por el señor Anapios requiere: la indicación precisa del órgano jurisdiccional autor, por acto u omisión, de la privación, denegación o retardo injustificado de justicia; la identificación del hecho o la omisión que lo motiva así como la del derecho que se considera violado o amenazado y, por último, la enunciación de las razones que impiden, por inexistencia o ineficacia, acudir a otra vía procesal (art. 36 de la ley 402).

Aunque el requirente identifica la causa respecto de la cual denuncia la supuesta denegación de justicia, omite demostrar que el estado procesal de esas actuaciones se corresponda con el pedido de sentencia que formula. Más aún, nada dice para justificar por qué el plazo dentro del cuál requiere la emisión del acto jurisdiccional aludido deba regirse por la ley de amparo, cuando el expediente que origina su pedido sería un proceso ordinario.

En tales condiciones, la presentación bajo estudio no satisface los requisitos de admisibilidad previstos en la normativa aplicable (art. 36, LPT ya citado) y, por ello, impide establecer la pertinencia de la vía escogida, que el ordenamiento prevé

con carácter subsidiario, para superar hipótesis de inexistencia o ineficacia de los cauces regulados como ordinarios.

En consecuencia, voto por rechazar *in limine* la presentación de fs. 1/2 y ordenar el archivo de estas actuaciones.

El juez José O. Casás dijo:

Tal como lo sostiene la señora jueza de trámite, doctora Alicia E. C. Ruiz, en su voto, al cual adhiero, la presentación de fs. 1/2 no permite identificar todos los requisitos de admisibilidad del remedio previsto en el art. 36 de la ley 402, a tenor de lo dispuesto por el art. 113, inc. 4º, de la CCBA. En consecuencia, corresponde rechazarla *in limine* y disponer su archivo sin más trámite.

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

Me adhiero al voto de la señora jueza de trámite.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar in limine* la presentación de fs. 1/2.

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

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

CXXXVI

"FINOLI, MICAELA C/GCBA S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD"

ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD: Requisitos. Caracteres. Código de Tránsito y Transporte de la Ciudad de Buenos Aires. Ley nacional de tránsito y seguridad vial. Derecho público local. Norma de carácter general.

SUMARIOS:

1. El art. 3.2.8, inc. h) del Anexo al Código de Tránsito y Transporte de la ciudad de Buenos Aires —ley 2148— en cuanto establece aprobar, como requisito previo para obtener por primera vez la licencia de conductor, un examen médico psicofísico, en el que se determine su aptitud física, visual, auditiva y psíquica para conducir, es una norma de carácter general emanada de las autoridades de la Ciudad. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde, Julio B. J. Maier y José O. Casás. En sentido concordante ver voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

2. El art. 14, inc. A3 del anexo I del dec. PEN 779/1995 —reglamentación de la ley nacional 24.449 de Tránsito y Seguridad Vial— , a partir de la sanción del art. 2º de la ley 2.148, ha pasado a integrar el derecho público local, de modo que el texto incorporado puede ser sometido al control de constitucionalidad en los términos del art. 113, inc. 2º, CCBA. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás. En sentido concordante ver voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

3. Se satisface una de las exigencias del art. 113, inc. 2º de la CCBA y del art. 17 de la ley 402 cuando las disposiciones son atacadas por razones de índole constitucional local y nacional y de derecho internacional. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás. En sentido concordante ver voto de los señores jueces Julio B. J. Maier y Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 5851/08 - 18/6/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La señora Micaela Finoli promueve a fs. 1/17 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 y pérdida de vigencia" de los arts. 3.2.8, inc. h) y 3.2.14, incs. a) y c) del Anexo al Código de Tránsito y Transporte de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, aprobado por la ley local 2148 y, subsidiariamente (fs. 10 vta) del art. 14, inc. A3, del Anexo I del dec. PEN 779/95".

En sustancia, sostiene, que tales normas "se limitan a establecer la necesidad de aprobar 'un examen psicofísico' para obtener las licencias de conductor", pero no establecen cuál es el contenido, tipo o procedimiento específico de dicho examen ni tampoco pauta alguna de evaluación "a los fines de determinar en qué supuesto la administración considerará que una persona (...) no se encuentra en condiciones de obtener una licencia de conductor común o profesional" (fs. 9 vta. y 10).

Agrega que las normas atacadas, "debido a su excesiva vaguedad y latitud" (fs. 1), afectan el principio de legalidad consagrado por los arts. 14, 19 y 28, C.N.; art. 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y arts. 84, 102 y 103, CCBA y los derechos a trabajar, transitar libremente y a la "plena participación en la vida económica de la Ciudad, reconocidos en los arts. 14 de la C.N., 11 y 43 de la Constitución local" (fs. 1 vta.).

Por último, considera que el dec. 779/95 también viola "la garantía del debido proceso y de la tutela judicial efectiva reconocidas en los arts. 18 de la C.N., 8º y 25 de la Convención Americana" (fs. 12).

2. A fs. 26/30 el Tribunal dispuso, por mayoría, correr vista al Fiscal General para que se expida en relación con la admisibilidad formal de la acción planteada en autos.

3. El señor Fiscal General dictaminó a fs. 32/35 propiciando sólo la admisibilidad formal de la acción respecto de los arts. 3.2.8, inc. h) y 3.2.14, incs. a) y c) del Anexo al Código de Tránsito y Transporte de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, puesto que, en su opinión, el art. 14, inc. 3º del dec. PEN 77/95 "no resulta ser una norma emanada de alguna autoridad de la ciudad" y "la accionante no ha atacado concretamente el art. 2º de la ley 2148".

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. La actora está legitimada para interponer la demanda de inconstitucionalidad, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 18, inc. 1º, de la ley 402.

2. El art. 3.2.8, inc. 'h' en cuanto establece aprobar, como requisito previo para obtener por primera vez la licencia de conductor, "(...) un examen médico psicofísico, en el que se determine su aptitud física, visual, auditiva y psíquica para conducir", es una norma de carácter general emanada de las autoridades de la Ciudad.

Lo mismo ocurre con los segmentos vinculados excluyentemente a esa imposición, regulados por el art. 3.2.14, incs. a) y c), en tanto exigen —respectivamente— para expedir la licencia de conductor profesional de la clase C, D o E "(...) aprobar los exámenes correspondientes" y, para el otorgamiento de la licencia de la clase D, entre otros, los requisitos "establecidos en el art. 3.2.8".

Como consecuencia, las normas aludidas pueden ser objeto de la impugnación declarativa directa, de conformidad con lo establecido por los arts. 113, inc. 2º, de la CCBA y 17 de la LPTSJ.

Similar temperamento cabe adoptar respecto del planteo relativo al art. 14, inc. A3 del anexo I del dec. PEN 779/1995 formulado en subsidio por la actora a fs. 10 vta./14, toda vez que, a partir de la sanción del art. 2º de la ley 2148, ha pasado a integrar el derecho público local, de modo que el texto incorporado puede ser sometido al control de constitucionalidad en los términos del art. 113, inc. 2º, CCBA.

3. Las disposiciones son atacadas por razones de índole constitucional local y nacional y de derecho internacional. Se satisface, de ese modo, otra de las exigencias del art. 113, inc. 2º de la CCBA y del art. 17 de la ley 402.

La parte actora considera que la total ausencia de precisión legal acerca de qué debe entenderse por "examen psicofísico" desconoce el principio de legalidad consagrado por los arts. 14, 19 y 28, C.N.; 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y los arts. 84, 102 y 103, CCBA y, a su vez, tiene como consecuencia "la violación a los derechos a transitar libremente por el territorio de la Ciudad de Buenos Aires, a trabajar y la plena participación en la vida económica de la Ciudad, reconocidos en los arts. 14 de la C.N., 11 y 43 de la Constitución local".

La accionante estima en subsidio que el dec. 779/95 viola, además, la garantía del debido proceso y la tutela judicial efectiva reconocidas en los arts. 18, C.N. y arts. 8º y 25 de la Convención Americana, ya que "la Administración sigue conservando el poder discrecional de aprobar o desaprobar los exámenes psicofísicos rendidos por los particulares, privando a aquéllos del derecho efectivo de poder cuestionar judicialmente esas decisiones ante la completa ausencia de estándares (ya sea legislativos o administrativos) que permitan a los jueces examinar la regularidad y la justicia del acto administrativo particular" (fs. 13 vta.).

4. La demanda da cumplimiento también a la exigencia de fundar establecida en el art. 19, inc. 2º, de la LPTSJ y en la jurisprudencia del Tribunal (*in re*: "Massalin Particulares S.A. c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 31/99, resolución del 5/5/1999, *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, t. I, pp. 56 y ss., entre otros).

Además la demanda se limita a requerir el dictado de una sentencia que declare la inconstitucionalidad y pérdida de vigencia de las normas cuestionadas.

5. En consecuencia, por estos argumentos y en estas condiciones, se debe declarar admisible la acción declarativa de inconstitucionalidad y correr el traslado de ley al señor Jefe de Gobierno, por el plazo y con los alcances señalados en el art. 21 de la ley 402.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

Comparto la opinión del señor juez de trámite y los fundamentos de su voto con excepción de los enunciados en el párr. 4º del punto 2. Si bien coincido con mi colega en que el dec. PEN 779/95 es norma local, debo señalar que ya sostuve esa postura antes de que se sancionara la ley 2148 ("Bill, Juan Carlos c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 36/99 SAO, resolución del 16/7/1999).

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Adhiero al voto del señor juez de trámite.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Me adhiero al voto del señor juez de trámite y agrego:

1. La actora está legitimada para interponer la demanda de inconstitucionalidad, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 18, inc. 1º, de la ley 402; las normas impugnadas revisten carácter general; los arts. 3.2.8., inc. h) y 3.2.14, incs. a) y c) del Anexo al Código de Tránsito y Transporte de la CABA fueron dictadas por las autoridades locales y la presentación satisface las restantes exigencias establecidas por el art. 113, inc. 2º de la CCBA y el art. 17 de la LPTSJ.

Ello es así porque las disposiciones son atacadas por razones de naturaleza constitucional local y nacional, y de derecho internacional. Finalmente, la presentación contiene la mención precisa de aquellas normas que el accionante estima contrarias a la Constitución Nacional o a la Constitución de la Ciudad de Buenos

Aires, los fundamentos que motivan la pretensión e indica los principios, derechos o garantías constitucionales presuntamente afectados. La demanda satisface, pues, la exigencia establecida por el art. 19, inc. 2º, de la ley 402.

2. En cuanto al art. 14, inc. A3 del Anexo I del dec. PEN 779/1995, comparto el criterio de mi colega, el doctor Luis F. Lozano, en el sentido de que esta norma de carácter general integra, al momento de resolver la admisibilidad de esta acción declarativa de inconstitucionalidad, el derecho público local. De este punto se hace cargo la actora a fs. 2, al reproducir el texto de la disposición contenida en el art. 2º de la ley local nº 2148: "La Ciudad Autónoma de Buenos Aires declara su plena integración y participación en el Sistema Nacional de Seguridad Vial aprobado en el dec. nacional 779/95 (*B.O.* 28.080)".

No es ocioso mencionar que, en múltiples y recientes casos, correspondientes al fuero Contencioso Administrativo y Tributario, y en los que la actora solicitaba la renovación de su licencia de conducir profesional, denegada por la Dirección General de Educación Vial y Licencias del GCBA mediante la disposición 720/03, "conforme con lo prescripto por el art. 20 del dec. 779-PEN/95 reglamentario de la Ley Nacional de Tránsito y Seguridad 24.449", yo sostuve, con más o menos argumentaciones: "Frente a estos reclamos del recurrente, es menester reiterar... que el dec. 331/04, reputado por la Cámara como 'el régimen jurídico aplicable al caso' en la sentencia recurrida, establece una regla que '... no conserva su vigencia, o, cuando menos, no la conserva en el mismo sentido para resolver este caso, pues ella ha sido reformada por *la actual ley local de tránsito vigente, nº 2148* [énfasis ahora suplementado]. Si, como creo que es correcto, la situación a resolver en el recurso por inconstitucionalidad se debe decidir conforme a la posición del orden jurídico al momento del fallo, resulta claro que la discusión sobre la constitucionalidad de una norma derogada, que no rige, además, caso futuro alguno, carece de sentido" (ver mis votos en los casos "Pérez, Ariel c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA] s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 4888/06, resolución del TSJBA del 21/3/2007; "Lata, Jorge Mario c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA] s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado "Lata, Jorge Mario s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Lata Jorge Mario c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA]'", expte. nº 4932/06, sent. del 13/6/2007 y "Ludueña, Pedro Albino c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA] s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. n° 4945/06 "Ludueña, Pedro Albino s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Ludueña, Pedro Albino c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA]'", expte. n° 4978/06, resolución del 3/7/2007).

3. Por las razones expresadas, la demanda de fs. 1/17 vta. es admisible en los términos fijados y con el alcance pretendido por la actora (art. 21, LPTSJ). Corresponde, por lo tanto, ordenar el traslado de la demanda en la forma y por el plazo establecido en el art. 21.

El juez José O. Casás dijo:

Adhiero al voto del señor juez de trámite, doctor Luis F. Lozano, en tanto, *prima facie*, en la presentación a estudio se encuentran reunidos los requisitos for-

males establecidos en el art. 113, inc. 2º, de la CCBA y en la ley 402, sin perjuicio de la valoración que sobre la procedencia de la acción pueda efectuarse tras escuchar el debate que las partes habrán de sustanciar en este proceso.

Así lo voto.

Por ello y emitido el dictamen del señor Fiscal General,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* formalmente admisible la acción de inconstitucionalidad planteada por la señora Micaela Finoli a fs. 1/17 contra el GCBA.

2º. *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.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y se cumpla.

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

CXXXVII

"MARTÍN, MAURO S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'CLUB ATLÉTICO VÉLEZ SARSFIELD S/INF. ART. 96, CC —APELACIÓN'"

RECURSO DE QUEJA: Efectos suspensivos. Pena privativa de la libertad. Ley 404. CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES: Aplicación supletoria.

SUMARIOS:

1. Con la pena la pena privativa de la libertad ocurre algo parecido a lo que sucedería con la pena de muerte, en el sentido que sólo pueden ser objeto de una reparación simbólica, al tiempo de descubrirse —eventualmente— un error, pues al ser humano le está vedado reponer la vida como el tiempo pasado, y este razonamiento justifica declarar la suspensión de la ejecución de la pena hasta que sea resuelto por el Tribunal el recurso de queja interpuesto. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

2. Cabe conceder el efecto suspensivo de la ejecución de la pena, pues la pena privativa de la libertad parece imposible de ejecutar antes del último recurso

posible —en la jurisdicción local— contra la sentencia que la ordena. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

3. Cabe declarar la suspensión de la ejecución de la pena hasta tanto se resuelva el recurso de queja, pues la defensa invocó razones suficientes para tener por mal denegado el recurso de inconstitucionalidad. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

4. La interposición de una queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en principio, no tiene efecto suspensivo, el que según la ley adjetiva es acordado, como regla, si la queja resulta admitida. *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde).*

5. Por excepción, el Tribunal, mediante resolución expresa, puede suspender el curso del proceso, aún antes de pronunciarse sobre la admisibilidad formal del recurso de queja (art. 33, ley 402). *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde).*

6. No resulta idónea, por insuficiente, una argumentación genérica para controvertir la presunción de legitimidad de la denegación del recurso de inconstitucionalidad y así otorgar efectos suspensivos al recurso de queja, pues el estudio anticipado que se reclama —que, como tal, no exige una evaluación de certeza sobre la existencia del derecho pretendido— no permite constatar, *prima facie*, la existencia de un error o exceso evidente en la denegación impugnada, más allá de lo que se decida en su hora al tratar específicamente el recurso de hecho. *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde).*

7. Si bien es cierto que la privación de la libertad locomotiva es imposible de ser subsanada en especie, ello fue sopesado por el legislador al imponer esa regla, que no ha sido tachada de inconstitucional por el recurrente. *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde).*

8. No cabe conceder efecto suspensivo al recurso de queja sobre la base de la mención —*parcial*— de un precepto del nuevo Código Procesal Penal de la Ciudad (art. 270, ley 2303, de eventual aplicación supletoria en la materia contravencional en virtud del art. 6º, ley 12) y del art. 33, *in fine*, ley 402, pues ese Código no se refiere al recurso de inconstitucionalidad o a la queja contra su denegatoria, sino que ambos recursos se encuentran expresamente regulados en la ley de procedimientos "específica" —402— que no fue derogada ni modificada por el nuevo ordenamiento. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

Expte. nº 5978/08 - 20/6/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El recurrente fue condenado, por sentencia firme dictada el 22/10/2006 (fs. 4/11), a la pena de veinte días de arresto, cuya ejecución fue dejada en suspenso,

más el cumplimiento —por el término de cuatro meses— de las siguientes reglas de conducta: *a)* fijar residencia y comunicar cualquier cambio al juzgado o fiscalía; *b)* cumplir con las citaciones o requerimientos que le hicieren dichas dependencias judiciales, y *c)* abstenerse de concurrir a los estadios y sus adyacencias los días y horarios en que se disputen encuentros con la participación del Club Atlético Boca Juniors, en los torneos organizados por la Asociación del Fútbol Argentino (AFA) o por la Confederación Sudamericana de Fútbol (CONMEBOL). En dicha decisión condenatoria se lo había considerado responsable de las contravenciones de perturbar filas e ingreso, no respetar el vallado, permitir el ingreso en exceso e ingresar sin entrada a un espectáculo deportivo, puntualmente, al encuentro que disputó el equipo de fútbol del Club Boca Juniors contra el del Club Vélez Sarsfield, en el estadio de este último, el día 23/4/2006.

2. Durante la etapa de ejecución de la pena, a pedido de la fiscalía, el juez —por resolución del 12/2/2008, fs. 35/39— decidió revocar la suspensión de la ejecución de la pena de arresto mencionada en el punto anterior. El defensor del imputado apeló esa sentencia y, frente a ello, la Cámara confirmó la revocatoria (fs. 53/56). La defensa, por lo tanto, interpuso un recurso de inconstitucionalidad que, denegado, motivó la interposición de esta queja en la cual el recurrente solicita expresamente (fs. 76) que se le asigne efecto suspensivo al recurso directo, a fin de evitar la ejecución de la sanción.

3. El juez de trámite, previo a toda otra diligencia, puso a consideración del Tribunal la petición reseñada en el párrafo anterior.

FUNDAMENTOS:

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Tal como sostuve en otros procesos (ver mi voto en "Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Palumbo, María Elena; De la Fuente, Omar Claudio; Cóceres, Alfredo Gabriel y otros s/arts. 116 y 117 ley 1472 —apelación'", expte. n° 5871/08 y su acumulado "Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Palumbo, María Elena; De la Fuente, Omar Claudio; Cóceres, Alfredo Gabriel y otros s/arts. 116 y 117 ley 1472 —apelación'", expte. n° 5873/08, resolución del 7/5/2008), considero que con la pena privativa de la libertad sucede algo parecido a aquello que sucedería con la pena de muerte: ambas parecen imposibles de ejecutar antes del último recurso posible —en la jurisdicción local— contra la sentencia que la ordena. En verdad, ambas penas sólo pueden ser objeto de una reparación simbólica, al tiempo de descubrirse —eventualmente— un error, pues al ser humano le está vedado tanto reponer la vida como el tiempo pasado. No de balde se conoce también, desde antaño, que ambas penas aglutinan el máximo poder de coacción del Estado, autorizado por el ordenamiento jurídico, imposible de ser reparado naturalmente con posterioridad.

2. Sin adelantar opinión alguna sobre el destino de la queja aquí interpuesta, ese simple razonamiento me convence acerca de conceder el efecto suspensivo requerido por el defensor.

Conforme lo expresa el mismo defensor solicitante, el art. 33, párr. 5°, de la ley local 402 concede al TSJBA la competencia para suspender la ejecución de la pena hasta tanto sean resueltos los recursos interpuestos.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Adhiero al voto del juez de trámite doctor Julio B. J. Maier.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Coincido con los doctores Maier y Ruiz en que corresponde declarar la suspensión de la ejecución de la pena hasta tanto sea resuelto el recurso por este Tribunal. Ello así, porque entiendo que la defensa ha invocado razones suficientes para tener por mal denegado el recurso de inconstitucionalidad y la declaración de admisibilidad de dicho remedio procesal conlleva los efectos suspensivos que el recurrente solicita.

El juez José O. Casás dijo:

1. El doctor Horario H. Rivero, en la queja presentada en representación del señor Mauro Martín, solicitó que "se deje sin efecto la ejecución de la imposición de los 20 días de arresto efectivo" hasta tanto se resuelva el presente recurso (foja 76).

2. La interposición de una queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en principio, no tiene efecto suspensivo. Dicho efecto —según la ley adjetiva— es acordado, como regla, si la queja resulta admitida. En este sentido, sólo excepcionalmente este Tribunal, mediante resolución expresa, puede suspender el curso del proceso, aún antes de pronunciarse sobre la admisibilidad formal del recurso de hecho (art. 33, ley 402).

Así las cosas, lo señalado por el recurrente en el recurso no alcanza para ver configurado en el caso, en este estado de análisis, un supuesto que permita al Tribunal apartarse de la regla legislativa. En otras palabras, la argumentación genérica esbozada no resulta idónea, por insuficiente, para controvertir la presunción de legitimidad de la denegación del recurso de inconstitucionalidad. En ese sentido, el estudio anticipado que se reclama —que, como tal, no exige una evaluación de certeza sobre la existencia del derecho pretendido— no permite constatar, *prima facie*, la existencia de un error o exceso evidente en la denegación impugnada, más allá de lo que se decida en su hora al tratar específicamente el recurso de hecho.

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

3. Por lo expuesto, corresponde denegar la "suspensión del proceso" requerida a fs. 76.

Así lo voto.

Los jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Adhiero a lo señalado por mi distinguido colega el doctor Casás, pues la solicitud de "suspensión del proceso" presentada por el defensor particular del señor Martín no puede ser admitida. Más allá de que los argumentos que expone resultan suficientes para concluir que en autos no se ha demostrado, con el grado de verosimilitud que exige este examen prematuro del sumario, la existencia de un error grosero o de un exceso en la denegatoria recurrida que desvirtúe su presunción de certeza y legitimidad, considero que todavía es posible agregar un motivo más para desestimar su petición.

En efecto, la argumentación ensayada por el defensor particular para que el Tribunal confiera "efecto suspensivo" al recurso directo se reduce a la mención —*parcial*— de un precepto del nuevo Código Procesal Penal de la Ciudad (art. 270, ley 2303, de eventual aplicación supletoria en la materia contravencional en virtud del art. 6º, ley 12) y del art. 33, *in fine*, ley 402. Sin embargo, el recurrente pasa por alto, injustificadamente, que ese Código Procesal Penal no se refiere —en ningún precepto de todo su articulado— al recurso de inconstitucionalidad o a la queja contra su denegatoria, sino que, casualmente, ambos recursos se encuentran expresamente regulados en la ley de procedimientos "específica" que no fue derogada ni modificada por el nuevo ordenamiento.

En consecuencia, es posible concluir que el art. 33, *in fine*, ley 402 constituye la "disposición expresa en contrario" (art. 270, ley 2303) a la que se refiere la norma en la que busca apoyo el recurrente —en la parte que no ha sido citada por aquél— y la "regla general" es, a diferencia de lo argumentado en la solicitud (fs. 76), que la interposición de una queja ante el Tribunal Superior no "suspende el curso del proceso", salvo que se decida lo contrario, pero, para hacerlo, claro está, el recurrente debió exponer razones convincentes que —por lo dicho— están ausentes en autos.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Hacer lugar* a la petición de suspender el proceso efectuada en la presentación de fs. 68/76.

2º. *Mandar* que se registre y se notifique en forma urgente con habilitación de día y hora.

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

CXXXVIII

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA GENERAL— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'LÓPEZ, ROMINA Y ONISZCZUK, CARLOS ALBERTO S/INF. ARTS. 116, 117 Y 118, CC'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Interpretación de normas infraconstitucionales. DEFENSOR OFICIAL: Exención de depósito.

SUMARIOS:

1. El recurso de queja no puede incorporar nuevos argumentos, no desarrollados en el de inconstitucionalidad al que se refiere, ni subsanar deficiencias ya contenidas en aquel remedio. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhieren las señoras juezas Ana María Conde y Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante ver voto del señor juez José O. Casás).*

2. Cabe rechazar el recurso de queja cuando introduce argumentos que reposan sobre la interpretación que se propone de la ley común (infraconstitucional) relativa a las contravenciones, y de la ley procesal, y se intenta además conseguir una nueva valoración del conocimiento adquirido en el procedimiento acerca de elementos que abstractamente sirven para fijar la pena. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde).*

3. No corresponde intimar al defensor oficial para que acredite el pago del depósito previsto como requisito de admisibilidad de un recurso de queja, relativo a un recurso de inconstitucionalidad denegado, dado que ha sido interpuesto, a favor de su pupilo. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier. En sentido concordante ver voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

4. Cabe rechazar el recurso de queja cuado no se logra demostrar la irrazonabilidad del criterio de los jueces de mérito, ni se ha expuesto en forma concreta los parámetros y elementos de prueba que debieron ser considerados para determinar la sanción a imponer en el caso; en suma no se ha dado cuenta de las razones por las que debiera hacerse excepción a la regla según la cual la graduación de las sanciones compete a los jueces de la causa. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde, Luis F. Lozano y Alicia E. C. Ruiz).*

5. Corresponde intimar al cumplimiento de la integración del depósito previsto en el art. 34, LPTSJ, dado que el imputado no se encuentra dentro de los sujetos exentos por la ley de tasa judicial (n° 327), ni ha acreditado haber obtenido o iniciado un beneficio de litigar sin gastos. *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde).*

Expte. n° 5737/08 - 25/6/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Defensor General de la Ciudad interpuso recurso de queja (fs. 75/88) contra la decisión de la Sala I de la Cámara CyF (fs. 70/73) que declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad agregado a fs. 63/69. Éste, a su vez, había sido articulado contra la resolución de la misma Sala (fs. 54/60) que confirmó la sentencia de primera instancia (fs. 1/22) mediante la cual se condenó a "Carlos Alberto Oniszczuk (...) en relación con los hechos del 28/12/2005, 9/1/2006, 9/2/2006, 21/2/2006, 16/3/2006, 17/3/2006, 28/3/2006, 31/3/2006 y 17/4/2006 en relación con el local sito en Segurola 2425 de esta Ciudad y respecto del hecho del 20/4/2006 en relación con el local de Av. Federico Lacroze 3531 de esta Ciudad, todos ellos en concurso real a la *pena* de 35 *días de arresto* de cumplimiento *efectivo*, conjuntamente con la *clausura* por el término de 80 día del local sito en Segurola 2425 de esta Ciudad y la *clausura* por el término de 80 días del local sito en Federico Lacroze 3531 de esta Ciudad; todo ello con más la *inhabilitación* por el término de cinco años para obtener cualquier autorización, habilitación o licencia para organizar, promover, explotar o comerciar todo tipo de sorteos, apuestas o juegos; todo ello por hallarlo autor materialmente responsable de la infracción de los 116, 117 y 118 del CC (...)". A su vez, en aquel fallo también se había dispuesto el decomiso de los efectos secuestrados.

2. En el recurso de inconstitucionalidad, la defensa sostuvo que en estas actuaciones se había vulnerado: *a)* la garantía del juez natural, la de debido proceso legal y el derecho de defensa, porque —a su criterio— el juez que decidió el caso no resultaba competente, según las reglas vigentes para la asignación de causas; *b)* el derecho de defensa, por la descripción defectuosa del hecho imputado en el requerimiento de elevación a juicio; *c)* el principio de lesividad, en tanto no se demostró ninguna afectación al patrimonio de los particulares, ni a la convivencia general, ni a las rentas estatales; y, por último, *d)* el principio de legalidad, el de culpabilidad y el de proporcionalidad de la pena, por falta de fundamentación de la sanción aplicada, en cuanto a su extensión y modo de cumplimiento.

3. Los jueces de la Sala I señalaron que respecto a ninguno de los cuatro cuestionamientos expuestos por la parte recurrente se había logrado articular un caso constitucional. En este sentido, sostuvieron que la defensa se limitó a reiterar los agravios y argumentos que ya habían sido objeto de tratamiento en el recurso de apelación y a exponer su discrepancia en torno a la interpretación y aplicación de normas de derecho común.

Frente a esta decisión, la queja sólo se dirige a refutar el auto denegatorio reseñado en cuanto al agravio vinculado a la ponderación de la pena y a la invalidez del requerimiento de elevación a juicio.

4. El Fiscal General Adjunto, en su dictamen, considera que la queja debe ser rechazada. Con respecto a la supuesta afectación de garantías por falencias en la acusación, manifiesta que el recurso no es autosuficiente en tanto la defensa

no aportó copia de la imputación formulada en los alegatos, que es —según su entender— aquella sobre la que debió concentrar sus esfuerzos. En cuanto a la arbitrariedad al momento de fijar la sanción, entiende, por un lado, que el defensor expone en esta instancia argumentos que son la consecuencia de una reflexión tardía y, por otra parte, que aquellos fundamentos presentados en tiempo oportuno fueron debidamente tratados y descartados por los jueces intervinientes, por lo que no es posible afirmar que se trata de un fallo arbitrario (fs. 93/94).

FUNDAMENTOS:

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. El recurso de queja, aunque cumple con los requisitos básicos que la ley local 402 impone, no puede ser admitido.

2. La queja no puede contribuir tardíamente a fundar un recurso de inconstitucionalidad infundado. En este sentido, el recurso de hecho no puede incorporar nuevos argumentos, no desarrollados en el de inconstitucionalidad al que se refiere, ni subsanar deficiencias ya contenidas en aquel remedio. Así las cosas, aprovechar una crítica formal del requerimiento de apertura de juicio (ver recurso de inconstitucionalidad, especialmente, fs. 66/67) para introducir y discutir problemas relativos al concurso de leyes, según la ley contravencional, significa que el recurso de hecho no está referido a su único objeto, la crítica de la decisión de rechazo por el *a quo*, sino que —probablemente por la deficiencia del recurso de inconstitucionalidad— pretende ser un mecanismo independiente para impugnar la sentencia. El mismo problema se presenta bajo el agravio referido a la medición de la pena, con escasísimo desarrollo en el recurso de inconstitucionalidad y desarrollado en la queja con argumentos novísimos que antes no formaron parte del debate.

Por lo demás, según ya se observa, todos estos nuevos argumentos reposan sobre la interpretación que el recurrente propone de la ley común (infraconstitucional) relativa a las contravenciones y, a lo sumo, de la ley procesal común; en parte, además, se intenta conseguir una nueva valoración del conocimiento adquirido en el procedimiento acerca de elementos que abstractamente sirven para fijar la pena. Esta razón también importa el rechazo del recurso de queja (ver, en este sentido, mi voto, tercer párrafo, en "Pellizari, Luis Santiago s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Pellizari, Luis Santiago s/infracción art. 39, CC —apelación'", expte. n° 3768, sent. del 4/4/2005, entre otros).

3. Por las razones expuestas, voto por rechazar el recurso de queja agregado a fs. 75/88. Según lo expuse en reiteradas ocasiones (ver, *inter alia*, mi resolución como juez de trámite en "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 3— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ábalos, Oscar Adrián s/art. 71 CC —apelación—'", expte. n° 1509/02: interpretación sistemática del art. 34, II, ley local 402 y art. 3º, inc. a], ley local 327), no corresponde intimar para que se acredite el pago del depósito previsto como requisito de admisibilidad de un recurso de queja, relativo a un recurso de incons-

titucionalidad denegado, dado que ha sido interpuesto, a favor de su pupilo, por la defensa oficial, órgano del ministerio público según la propia, CCBA.

El juez José O. Casás dijo:

1. Tal como lo propone el señor juez de trámite, doctor Julio B. J. Maier, la queja interpuesta a fs. 75/88 debe ser rechazada pues, básicamente, el señor Defensor General ha omitido dirigir una crítica desarrollada y fundada destinada a rebatir argumentativamente el auto de la Sala I de la Cámara CyF que declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad agregado, en copia, a fs. 70/73 (conf. el Tribunal *in re*: "Guglielmone, María Dolores s/art. 74, CC s/recurso de queja", expte. nº 291/00, resolución del 22/3/2000; "Góngora Martínez, Omar Jorge s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Góngora Martínez, Omar Jorge c/Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo [art. 14, CCBA]", expte. nº 3264/04 y sus citas, resolución del 23/2/2005).

2. En primer lugar, ninguna de las argumentaciones del recurso de hecho en estudio, organizadas bajo el título "3. Requerimiento de elevación a juicio e indeterminación del hecho" (fs. 84 vta./86), se dirige a controvertir lo afirmado por la Alzada para declarar inadmisible el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la defensa del señor Oniszczuk.

En este punto, los jueces de la Sala I afirmaron que aquel recurso "se limita a repetir argumentos ya expuestos en el recurso de apelación y a cuestionar decisiones propias de las instancias ordinarias [...] que no llegan a constituir un caso que amerite el tratamiento por el Tribunal Superior de Justicia [...] ya que [...] no especifica de qué manera la supuesta incorrecta descripción de los hechos de la pieza procesal cuestionada [el requerimiento de elevación a juicio] lo priva del derecho de defensa o qué cuestiones dejó de conocer" (fs. 72 vta.). A este respecto, tal como lo señala en su voto el señor juez de trámite, a través del recurso de hecho interpuesto se pretende introducir y discutir en torno a cuestiones novedosas —aparentemente relativas a la calificación legal otorgada a los hechos imputados y su incidencia en la determinación de la pena y la valoración que de los elementos de prueba efectuaron los jueces de mérito— que no fueron planteadas en las instancias ordinarias, ni luego en el recurso de inconstitucionalidad que aquí se viene a defender. En conclusión, estas argumentaciones resultan producto de una reflexión tardía que no permiten habilitar la intervención de este Tribunal.

3. También el recurrente hace uso de argumentaciones totalmente novedosas (relativas a la calificación legal dada a los hechos y la forma en que fueron concursadas las contravenciones imputadas) para cuestionar la modalidad y la graduación de la pena impuesta al señor Oniszczuk, en lugar de defender el recurso declarado inadmisible por la Cámara.

A ello puede añadirse que, aun soslayando la reformulación que el señor Defensor General realizó en el recurso de hecho al referirse a la alegada falta de fundamentación en la determinación de la sanción impuesta (ver fs. 68, 78 vta./79 y 80 vta./84), allí sólo discurre sobre cuestiones relativas a la valoración de elementos de prueba y la interpretación del derecho local, ajenas, en principio, a la

competencia constitucional de este Tribunal. En efecto, más allá de su disconformidad, el recurrente no logra demostrar la irrazonabilidad del criterio de los jueces de mérito, pues, en definitiva, no ha expuesto en forma concreta los parámetros y elementos de prueba que a su entender debieron ser considerados para determinar la sanción a imponer en el caso; en suma, no se ha dado cuenta de las razones por las que debiera hacerse excepción a la regla según la cual la graduación de las sanciones compete a los jueces de la causa —ya expuesta por la Cámara al declarar inadmisible el recurso de inconstitucionalidad— (*Fallos,* 315:1699 y sus citas y, más recientemente, CSJN, "Gago, Damián Andrés s/causa 2175", G. n° 704 L. XLIII, sent. del 6/5/2008).

4. Por las consideraciones expuestas, corresponde rechazar la presentación de fs. 75/88 e intimar al cumplimiento de la integración del depósito previsto en el art. 34, LPTSJ, dado que el imputado no se encuentra dentro de los sujetos exentos por la ley de tasa judicial (n° 327), ni ha acreditado haber obtenido o iniciado un beneficio de litigar sin gastos (conf. mis votos *in re*: "Empresa de Transporte Pedro de Mendoza CISA —causa 459-CC/00— s/recurso de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado", expte. n° 724/00, resolución del 14/2/2001, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. III, pp. 16 y ss.; "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional N° 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Oniszczuk, Carlos Alberto y Márquez, Sandra Rosana s/ley 255 —apelación", expte. n° 2266, resolución del 16/7/2003, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. V, pp. 437 y ss.; y "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ronchetti, Leonardo s/art. 47, CC —apelación'", expte. nº 3996/05, resolución del 14/9/2005).

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

Adhiero al voto del doctor José O. Casás y, asimismo, comparto los fundamentos contenidos en el punto 2 del voto del señor juez de trámite, doctor Julio B. J. Maier.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Adhiero a los puntos 1 a 3 del voto de mi colega José O. Casás.

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

3. Por lo expuesto, voto por rechazar la queja interpuesta a 75/88.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. Las razones expresadas por el señor juez Maier en el punto 2, primer párrafo de su voto; y por el señor juez Casás en los puntos 2 y 3, primer párrafo del suyo,

determinan el rechazo de la queja. Adhiero por lo tanto a la solución propuesta por mis colegas preopinantes.

2. Dado que ya me he manifestado a favor de la exención del pago del depósito cuando el recurso procede de la defensa oficial, a tal respecto remito a mi opinión en "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional N° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Feng Chen Chih s/art. 40, CC —apelación'", expte. n° 2212, resol. del 11/6/2003; "Ministerio Público —Defensoría Oficial Nº 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Caro, Maximiliano Daniel s/arts. 61 y 63, CC —apelación'", expte. nº 2197, resol. del 10/9/2003; "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional N° 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Echagüe, Damián s/violar luz roja y otra'", expte. nº 2279, resolución del 30/9/2003; y "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 8— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Prescava, David Daniel s/art. 186 bis C.P.'".

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja agregado a fs. 75/88.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita esta queja a la Sala I de la Cámara CyF.

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

CXXXIX

"CONSEJO DE LA MAGISTRATURA DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'GUOSHI, DOUG S/INFRACCIÓN ART. 104, CC'"

RECURSO DE QUEJA: Regulación de honorarios de perito traductor. CONSEJO DE LA MAGISTRATURA: Legitimación procesal. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Arbitrariedad de sentencia. Debido proceso. Acceso a la justicia.

SUMARIOS:

1. No puede admitirse el recurso de queja si la sentencia no contiene la imposición de un deber al Consejo de la Magistratura que consistiría, eventualmente,

en abonar los honorarios fijados al perito intérprete, cuyo monto, por otra parte, no fue cuestionado, y no se advierten razones que permitan inferir que la comunicación dirigida a la Dirección Contable del organismo puede operar de modo válido como determinación final del responsable. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhieren los señores jueces Luis F. Lozano, José O. Casás y Ana María Conde).*

2. Cabe reconocer legitimación procesal al Consejo de la Magistratura para intervenir en la discusión relativa a los honorarios regulados en un proceso cuyo pago le sea impuesto. *(Voto del señor juez José O. Casás. En sentido concordante ver voto de la señora jueza Ana María Conde).*

3. Corresponde admitir el recurso de inconstitucionalidad cuando introduce oportunamente y funda de modo adecuado una cuestión constitucional como la arbitrariedad de la decisión que desconoció al Consejo de la Magistratura su carácter de parte para apelar la decisión que fijó los honorarios del perito traductor y dispuso notificarlo ante la eventualidad de que debiera solventarlos. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

4. El Consejo de la Magistratura tiene justificado y legítimo interés en intervenir en intervenir en el proceso por vía impugnativa ante la posibilidad de que se le imponga el pago de honorarios del perito traductor, lo cual asegura su derecho a ser oído con las debidas garantías. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

5. Es arbitraria la sentencia que desconoció al Consejo de la Magistratura su carácter de parte para apelar la decisión que fijó los honorarios del perito traductor y dispuso notificarlo ante la eventualidad de que debiera solventarlos, pues lo priva del debido proceso legal y del acceso a la justicia. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. n° 5767/08 - 25/6/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA

1. La señora Presidenta del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se presenta en queja ante este Tribunal, contra el auto de la Sala I de la Cámara CyF (fs. 14/16) que declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la decisión —de esa misma Sala— en razón de la cual se rechazó *in limine* la apelación que había interpuesto. Aquel recurso (fs. 2/4) se dirigía a obtener la revisión de la sentencia de primera instancia (fs. 1) en la que se había decidido regular honorarios a favor del perito intérprete que intervino en este proceso, notificar este fallo a la hoy recurrente y, una vez firme, librar "oficio a la señora Directora de la Dirección de Programación y Administración Contable del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los efectos que estime corresponder".

2. En el recurso de inconstitucionalidad denegado, la recurrente afirmó, sintéticamente, que la decisión de la Sala I de la Cámara CyF, que rechazó *in limine* su recurso, era arbitraria y generaba gravedad institucional, por violar el principio de división de poderes. En este sentido, señaló que se había avasallado las atribuciones del Consejo porque no se le permitía cuestionar una decisión que, a su entender, le había impuesto inválidamente la obligación de afrontar el pago de los honorarios regulados en esta causa. Asimismo, señaló que resultaba contradictorio (y, por lo tanto, arbitrario) imponerle el deber de abonar la suma en cuestión y, por otra parte, negarle la posibilidad de apelar el decisorio; para ello, según explica la recurrente, los camaristas se basaron en que el Consejo no es parte en estas actuaciones. Esa afirmación, según lo expuso, deriva, además, en la violación de su derecho de defensa.

3. Los jueces de la Sala I de la Cámara declararon inadmisible el recurso, pues entendieron que la decisión atacada no es una sentencia definitiva, ni puede ser equiparada a tal porque "en modo alguno se advierte en la presente incidencia, al menos por ahora, una decisión definitiva en relación al sujeto obligado al pago". Por último, agregaron que el rechazo de la apelación se basó en la interpretación de normas procesales, materia ajena a la instancia extraordinaria (fs. 14/16).

4. El Fiscal General Adjunto, al momento de contestar la vista conferida (fs. 27/29), consideró que la decisión impugnada es equiparable a una sentencia definitiva pues la situación cuestionada no podrá ser modificada en instancias judiciales posteriores y causa un gravamen irreparable, en la medida que importó la imposición de un detrimento patrimonial sin derecho de defensa previo o posterior al fallo. En torno a la cuestión de fondo, sintéticamente, dio la razón a la parte recurrente pues entendió que se había cercenado su derecho de defensa porque, por un lado, se le impuso una obligación sin escucharlo previamente y, por el otro, se le impidió cuestionar aquel fallo.

FUNDAMENTOS:

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. El recurso de queja, aunque cumple con los requisitos básicos que la ley local 402 impone, no puede ser admitido.

2. Se trata de un caso que, a grandes rasgos, plantea un problema tan sólo relativamente semejante al que el Tribunal decidiera en "Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Cáceres, Gonzalo Javier s/inf. art. 72, ley 10 —honorarios de perito'", expte. n° 5547, sent. del 13/3/2008. Sin embargo, aquí brilla por su ausencia la imposición de un deber al Consejo de la Magistratura, deber que consistiría, eventualmente, en abonar los honorarios fijados al intérprete, cuyo monto —por otra parte— no fue cuestionado.

La carencia de una condena a pagar que recaiga sobre el CM encierra, a la vez, la distinción con el caso anterior nombrado y la falta de agravio actual del Consejo para recurrir la decisión.

3. Por lo tanto, cualquiera que sea el mérito que merezca la decisión de notificar a la responsable de la oficina contable del CM, el recurso de inconstitucionalidad fue bien denegado por la Cámara. A ese respecto, aunque la recurrente objeta la medida por cuanto le provocaría un perjuicio concreto, no brinda razón alguna que permita inferir que la comunicación dirigida a la Dirección Contable puede operar de modo válido como determinación final del responsable del pago en cuestión. Tampoco explica el CM por qué las instrucciones que puede formular a esa dependencia suya, en el marco de las atribuciones que le corresponden, serían insuficientes para neutralizar el daño que le ocasionaría el libramiento del oficio en cuestión. En consecuencia, voto por rechazar esta queja.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Adhiero al voto del juez de trámite doctor Julio B. J. Maier.

El juez José O. Casás dijo:

Adhiero al voto del señor juez de trámite, doctor Julio B. J. Maier y, tal como allí se propicia, voto por rechazar el recurso de queja interpuesto por el Consejo de la Magistratura.

Sin perjuicio de ello, corresponde señalar que la solución a la que arribo no supone apartarse de los precedentes en los que este Tribunal ha reconocido la legitimación que asiste al Consejo de la Magistratura para intervenir en la discusión relativa a los honorarios regulados en un proceso, cuyo pago le sea impuesto (conf. TSJBA *in re* "Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Cáceres, Gonzalo Javier s/inf. art. 72 ley 10 —honorarios de perito'", expte. n° 5547, sent. del 13/3/2008, entre otras).

En realidad, el rechazo de la queja responde a que, en autos, la decisión que origina los planteos de la recurrente, por un lado, dispuso regular honorarios por los trabajos que realizó en la causa el perito traductor Pojan Yang y, por otro, señaló que "(...) de acuerdo a la etapa procesal en que se encuentra este proceso y ante la eventualidad de que en razón del modo de conclusión del mismo resulte el Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires el que deba solventarlos" *(sic)* correspondía notificarle lo resuelto. Finalmente, ordenó que una vez firme la regulación, se librara "(...) oficio a la señora Directora de la Dirección de Programación y Administración Contable del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los efectos que estime corresponder" (fs. 1).

A su turno, para lo que ahora importa, al denegar el recurso de inconstitucionalidad el *a quo* sostuvo que el pronunciamiento cuestionado no constituye "(...) una decisión definitiva en relación al sujeto obligado al pago". Con ello, la Sala I de la Cámara CyF despejó la confusa trama generada por la resolución aludida y circunscribió el alcance que pudiera atribuirse al oficio dirigido a la Administración Contable del Consejo de la Magistratura.

En este contexto, diferente al que presentaba el antecedente *supra* citado, coincido con el doctor Maier cuando sostiene que la recurrente esgrime de modo prematuro un agravio que, por el momento, carece de actualidad pues nada permite suponer, tal como afirmó el *a quo*, que se haya decidido con carácter definitivo que corresponda pagar los honorarios del proceso al Consejo de la Magistratura.

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

Adhiero al voto del señor juez de trámite, Julio B. J. Maier, y comparto las reflexiones contenidas en el voto de mi colega José O. Casás. Más allá de que el Tribunal ha habilitado su competencia constitucional en ciertos precedentes en los cuales el Consejo de la Magistratura denunciaba que las instancias locales habrían desconocido su legitimación procesal para recurrir resoluciones en las cuales se lo obligaba al pago de los emolumentos de los peritos incluidos en los listados oficiales, toda vez que, con ello, se restringía indebidamente su intervención y se impedía cualquier posibilidad de ser oído en defensa del patrimonio que le compete administrar, en estos autos, por el contrario, no se advierte concretamente que tal obligación de pago haya sido impuesta al Consejo.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de queja ha sido interpuesto por el Consejo de la Magistratura en tiempo y forma, y contiene una crítica suficiente al auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad.

2. El recurso de inconstitucionalidad introduce oportunamente y funda de modo adecuado al menos una cuestión constitucional: la arbitrariedad de la decisión que desconoció al Consejo de la Magistratura su carácter de parte para apelar la resolución de fs. 1. Esta decisión fijó los honorarios del perito intérprete y dispuso que "ante la eventualidad de que en razón del modo de conclusión del [proceso] resulte el Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires el que deba solventarlos, notifíquesele lo aquí resuelto. (...) Líbrese oficio a la señora Directora de la Dirección de Programación y Administración contable del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los efectos que estime corresponder" (fs. 1 vta.).

Sobre esta resolución, el Consejo de la Magistratura sostiene que si bien pareciera no imponer un condenado en costas, la forma en la que dispuso el libramiento del oficio y la notificación "no podía tener otra finalidad que proceder al pago de los honorarios del perito y por lo tanto, sí le impone el pago al organismo. De lo contrario se hubiera ordenado en una etapa procesal diferente a aquella. Por tal razón, y ante la eventualidad de que la firmeza de dicha disposición pudiera acarrear tal consecuencia, cual es la ejecución y pago de los honorarios allí regulados, el Consejo de la Magistratura se vio obligado a interponer el recurso de apelación, (...) toda vez que la interposición del mismo en un momento distinto hubiera resultado extemporánea" (fs. 19).

Como se ve, la resolución impugnada abrió la posibilidad de que se le imponga al Consejo de la Magistratura el pago de los honorarios del perito intérprete, en un proceso en el cual hasta entonces no había intervenido en modo alguno. El agravio

aparece como eventual por la forma en la que se dispuso la condena en primera instancia. Esta decisión generó un estado de incertidumbre respecto del momento en el que correspondía impugnar la cuestión. El Consejo entendió —correctamente a mi juicio— que debía apelar esa resolución que le imponía la condena en costas bajo la condición de cómo quedara resuelta la cuestión de fondo, pues de otro modo ésta quedaría firme. La Sala, a su vez, le negó el derecho a apelar en razón de no ser parte en el proceso.

En estricto sentido, el Consejo de la Magistratura podría devenir deudor de una obligación dineraria por decisión judicial. De allí su justificado y legítimo interés en intervenir en el proceso por vía impugnativa, lo que no es ni más ni menos que hacer uso de una forma procesal que tiende a asegurar su derecho a ser oído con las debidas garantías.

La arbitrariedad de la sentencia se configura en tanto priva al recurrente del debido proceso legal y del acceso a la justicia.

Por los fundamentos expuestos *voto* por hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, dejar sin efecto el fallo del tribunal superior de la causa y ordenar que se trate debidamente el recurso de apelación del Consejo de la Magistratura por la sala que siga en orden de turno. Así voto.

Por ello, emitido el dictamen por el Fiscal General Adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja agregado a fs. 18/22.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita esta queja a la Sala I de la Cámara CyF.

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

CXL

"HOTEL CORRIENTES (DOMINGO MARTÍN - ANTONIO EDGARDO MESSIA) C/GCBA (SUBSECRETARÍA DE ACCIÓN SOCIAL) S/COBRO DE PESOS"

REGULACIÓN DE HONORARIOS PROFESIONALES:
Base de cálculo. Actuación conjunta ante el Tribunal Superior de Justicia.

SUMARIOS:

1. Cuando intervienen dos abogados como patrocinantes de los recursos interpuestos ante el tribunal Superior, se debe considerar que existe un sólo patrocinio y que la actuación no es sucesiva, pues uno de los letrados no renunció mediante

manifestación expresa a su patrocinio ni a su intervención profesional, por lo que cabe suponer que continuó con ellos, corresponde regular los honorarios de quien así lo solicitó en conjunto con aquel que intervino junto a él, sobre la base de una interpretación armónica de los arts. 10, segundo párrafo y 13 de la ley 21.839. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante ver voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

2. Los honorarios de instancias superiores son aquellos que deben fijarse —y no aquellos que se han fijado — para los de primera instancia, sin discriminar los casos en los cuales quien intervino en las instancias superiores no intervino o sólo lo hizo parcialmente en la primera instancia. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante ver voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

3. La ley establece abstractamente el valor a tener en cuenta para la fijación de los honorarios profesionales cualquiera que fueren los abogados intervinientes y la cantidad de ellos en cada una de las instancias. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante ver voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

4. Conforme al resultado final del pleito, debe regularse conjuntamente el honorario de los dos abogados intervinientes, patrocinantes del recurso de apelación y del recurso de inconstitucionalidad ante este Tribunal. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante ver voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

5. Por regla, la regulación de honorarios firme de primera instancia es la base de cálculo de los que corresponden a las instancias posteriores. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

6. La suma de los honorarios regulados en primera instancia por la intervención en la etapa de ejecución de sentencia, no resulta representativa a los fines de la determinación que cabe realizar por la actuación ante el Tribunal Superior, pues ella no toma en cuenta la totalidad de las etapas del proceso ordinario de conocimiento. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

7. A los efectos de la regulación de honorarios por la actuación ante el Tribunal Superior cuando intervienen varios letrados patrocinantes, cabe discriminar las tareas efectivamente realizadas por cada uno de ellos. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 2564/03 - 25/6/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

El abogado Hernán Mariano Gargiulo Palladino, letrado patrocinante de los señores Domingo Martín y Antonio Edgardo Messia, actores en autos, solicita la

regulación de sus honorarios por la labor desarrollada ante estos estrados (fs. 577 y 817).

FUNDAMENTOS:

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El art. 14 de la ley nacional nº 21.839 (texto según ley 24.432) establece que "Por las actuaciones correspondientes a segunda o ulterior instancia, se regulará en cada una de ellas del veinticinco por ciento (25 %) al treinta y cinco por ciento (35 %) *de la cantidad que deba fijarse para los honorarios de primera instancia*" (el destacado en negritas no obra en el texto original). Si bien, por regla, la regulación firme de primera instancia es la base de cálculo de los que corresponden a las instancias posteriores, es preciso señalar que en estas actuaciones el doctor Hernán Mariano Gargiulo Palladino intervino en primera instancia sólo en la etapa de ejecución de sentencia, por la que le fueron regulados sus honorarios (ver pronunciamientos de fs. 599 y fs. 617). Pero esa suma no resulta representativa a los fines de la determinación que cabe ahora realizar, pues ella no toma en cuenta la totalidad de las etapas del proceso ordinario de conocimiento.

2. Ello, sin embargo, no obsta a que se regulen los honorarios por su actuación ante este Tribunal, para lo cual se deberán tomar en consideración las pautas del art. 6°, LH. Además se deberá partir de la base de la liquidación aprobada a fs. 588, por resultar ese el monto del proceso, para aplicar los porcentajes que, según el art. 7° de la ley, determinarían el máximo y mínimo de lo que hubiera correspondido en primera instancia de haber intervenido en la totalidad de las etapas del proceso ordinario, y sobre dichos montos aplicar el porcentaje a que se refiere el art. 14 de la ley nacional 21.839 (texto según ley 24.432) por su intervención ante este estrado.

Dicha liquidación arroja la suma de $ 1.261.710,5.

3. Establecido el monto involucrado en la demanda, de aplicarse el porcentaje máximo a que se refiere el art. 7º de la ley nacional 21.839 (texto según ley 24.432), el honorario del doctor Gargiulo Palladino hubiera ascendido a $ 252.342 (doscientos cincuenta y dos mil trescientos cuarenta y dos). Es pertinente recordar, a estas alturas, que el art. 14 de la ley nacional 21.839 (texto según ley 24.432) dispone que cuando la sentencia de Cámara es revocada en todas sus partes en favor del apelante, el honorario debe regularse en el treinta y cinco (35 %) de la cantidad que deba fijarse para los honorarios de primera instancia. Y ello fue lo que ocurrió en autos, la sentencia de Cámara fue revocada en todas sus partes a favor de la actora (fs. 555/572). Por lo tanto, en ningún caso, el honorario a regular por su intervención ante este Tribunal podrá superar la suma de $ 88.319,70 (pesos ochenta y ocho mil trescientos diecinueve con setenta centavos).

4. Cabe ahora discriminar las tareas efectivamente realizadas por cada uno de los letrados patrocinantes de la parte actora (doctores Gargiulo Palladino y Nadale). Ello,

a los efectos de determinar la suma que en concepto de honorarios le corresponde al primero (arts. 10 y 13 de la ley nacional 21.839, texto según ley 24.432). En relación con la intervención de varios letrados la doctrina ha señalado que "Es prudente exponer que las partes pueden concurrir a juicio con la cantidad de profesionales que deseen, pues la ley no pone límite alguno a ese particular. Más allá del matiz vinculado al Código Civil, lo cierto es que, desde el punto de vista arancelario, el art. 13 de la ley 21.839 debe ser aplicado con suma prudencia y discreción, puesto que puede haber colisión entre esta norma y el art. 10 de la misma ley, perjudicándose de este modo quienes actuaron después, y más activamente, en el pleito, frente a quienes firmaron al comienzo, pero que posteriormente dejaron de intervenir. Es que, si bien debe atenderse a la presunción legal de continuidad de patrocinio, salvo prueba en contrario, es importante destacar que para la ponderación concreta de los trabajos resultan valiosas, a la vista del juzgador, las firmas y sellos insertos en los escritos y demás tramitaciones, con el aval técnico-jurídico que ello implica en la asistencia profesional efectivamente manifestada en el pleito", Guillermo Mario Pesaresi, Régimen de Honorarios para Abogados y Procuradores, Astrea, 2004, pp. 51/52).

De estas actuaciones surge que la labor desarrollada en esta instancia por el doctor Gargiulo Palladino consiste en: *a)* la interposición del recurso de apelación ordinario (fs. 465); *b)* la presentación del memorial (fs. 505/526); y *c)* la deducción del recurso de inconstitucionalidad (fs. 467/490 vta.) y el pedido de revocatoria contra su denegatoria (fs. 497 y vta.). La realizada por el doctor Nadale se limitó, en cambio, a la suscripción del escrito de fs. 465.

Cabe recordar que los agravios planteados en el recurso de apelación fueron adecuadamente fundados y, por su pertinencia, dieron lugar a la sentencia del Tribunal que revocó el fallo de Cámara e hizo lugar a la condena peticionada por los actores. Por lo demás, la duración de la actuación en esta instancia no ha sido prolongada, teniendo en cuenta que los letrados formularon los agravios del recurso de apelación el 3/11/2003 (fs. 526 vta.) y la sentencia se dictó el 26/5/2004 (fs. 555), ni exigió de los letrados ninguna otra presentación vinculada con el trámite del recurso.

En cuanto al recurso de inconstitucionalidad articulado ante la Cámara de Apelaciones, es dable señalar que denegado por la alzada (494 y vta.), la parte solicitó que se revoque la denegatoria y se difiera la consideración del recurso de inconstitucionalidad a las resultas del recurso de apelación (fs. 497 y vta.) y nada más.

Tomando en cuenta la trascendencia económica del litigio para la parte representada por el doctor Gargiulo Palladino, las actuación realizadas por el letrado en ambos recursos, el tiempo insumido y la complejidad de las cuestiones planteadas ante este estrado (de las que da cuenta la sentencia de fs. 555/572, de acuerdo a lo establecido en el art. 14 de la ley nacional nº 21.839 (texto según ley 24.432), voto por que se fije los honorarios del abogado Hernán Mariano Gargiulo Palladino por su actuación en esta instancia en la suma de $ 60.000 (pesos sesenta mil), debiendo adicionarse el IVA de encontrarse el profesional inscripto frente al tributo (*Fallos,* 316:1535).

5. Desde que no se invoca ni se acredita ningún tipo de exención con relación a la contribución establecida por la ley 1181 (CASSABA), el obligado al pago deberá adicionar el 1 % establecido por el art. 62, inc. 2º, de la ley 1181.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Conforme al art. 10 de la ley de aranceles de abogados vigente entre nosotros (ley nacional nº 21.839) debo considerar que, a pesar de haber intervenido dos abogados como patrocinantes de los recursos interpuestos ante este Tribunal, ha existido un solo patrocinio (párr. I de la regla citada). Por lo contrario, una interpretación armónica del art. 10, segundo párrafo, y del art. 13 de la misma ley, me conduce a afirmar, al menos para el recurso ante el Tribunal (objeto de la regulación de honorarios), que la actuación no es sucesiva, dado que el abogado Nadale no renunció mediante manifestación expresa a su patrocinio ni a su intervención profesional, por lo que debo suponer que continuó con ellos.

Esta verificación, a su vez, me impone regular los honorarios de quien así lo ha solicitado en conjunto con aquel que intervino junto a él, según debió realizarse al dictar sentencia y, eventualmente, después de ella (ley nacional nº 21.839, art. 47, párrs. I y II).

2. Sentada esta afirmación, según el art. 7º de la misma ley de aranceles, los honorarios de primera instancia de quien patrocina a los actores que ganaron el pleito deben fijarse entre el 11 % y el 20 % del importe del litigio. Dicho importe está aquí establecido por la condena firme y por la liquidación aprobada a fs. 588, esto es $ 1.261.710, 5.

A esos porcentajes y a ese importe me reenvía el art. 14 de la misma ley, en tanto refiere los honorarios de instancias superiores a aquellos que deba fijarse —y no a aquellos que se ha fijado— para los honorarios de primera instancia, sin discriminar en absoluto los casos en los cuales quien ha intervenido en las instancias superiores no ha intervenido o sólo ha intervenido parcialmente en la primera instancia. La ley no se refiere al honorario de primera instancia de aquel o aquellos sobre los cuales versa la regulación de honorarios de una instancia superior, sino que, antes bien, establece abstractamente el valor —porcentual al importe de los honorarios de primera instancia— cualquiera que fueren los abogados intervinientes y la cantidad de ellos en cada una de esas instancias.

3. Si ello es así, estimo que, conforme al resultado final del pleito, resulta sencillo fijar los honorarios que corresponden conjuntamente a los abogados Hernán Mariano Gargiulo Palladino y el Jorge T. J. Nadale, pues la misma ley contiene, para el caso, un porcentaje fijo de aquella suma, conforme al resultado de su intervención ante nosotros (sentencia revocada a favor del apelante). Un sencillo cálculo establece el honorario conjunto en la suma de $ 84.000.

Estimo que, por las razones dadas, debe regularse *conjuntamente* el honorario de los dos abogados citados, patrocinantes del recurso de apelación y del recurso de inconstitucionalidad ante este Tribunal, en la suma antes indicada.

Corresponde agregar las correcciones que expresa el voto de la señora jueza de trámite al final del punto 4 y en el punto 5 de su voto.

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

Compartimos los fundamentos y la solución que propicia en su voto nuestro colega el doctor Julio B. J. Maier.

A todo evento, corresponde aclarar que el pago de los honorarios regulados mediante la presente decisión deberá efectuarse a la orden *conjunta* de los letrados intervinientes ante esta instancia —para que ellos mismos se distribuyan los emolumentos en función de los trabajos efectivamente realizados por cada uno—, salvo que, por motivos atendibles, se solicite de manera expresa al Tribunal la adopción de otro temperamento.

Así lo votamos.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Adhiero al voto de mi colega, doctor Julio B. J. Maier.

Por ello, y por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Regular* los honorarios de los abogados Hernán Mariano Gargiulo Palladino y Jorge T. J. Nadale, por su intervención conjunta como patrocinantes en el recurso de apelación y en el recurso de inconstitucionalidad ante este Tribunal, en la suma de $ 84.000 (pesos ochenta y cuatro mil) más el IVA, si correspondiere, y el 1 % fijado por el art. 62, inc. 2º de la ley 1181,

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y se devuelva a la Cámara remitente.

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

CXLI

"BANCO CETELEM ARGENTINA S.A. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'BANCO CETELEM ARGENTINA S.A. C/GCBA S/OTRAS CAUSAS CON TRÁMITE DIRECTO ANTE LA CÁMARA DE APEL.'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Caso constitucional. Arbitrariedad de sentencia. Cuestiones de hecho y prueba. Interpretación de normas infraconstitucionales. COMPETENCIA: Defensa del consumidor. Ley de tarjetas de Crédito. Juez natural. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Requisitos. Principio de legalidad en materia penal. Facultad sancionatoria local.

SUMARIOS:

1. La decisión referida a si los hechos que se atribuyen al banco demandado que intervino en el financiamiento del pago en cuotas de la compraventa de un equipo de audio mediante el uso de una tarjeta de crédito, cuyas modalidades no fueron claramente informadas a la compradora, se deben subsumir también bajo

las previsiones de la Ley de Defensa del Consumidor o sólo bajo las pautas de la Ley de Tarjetas de Créditos no involucra cuestión constitucional alguna, pues remite sólo a la determinación de hechos y su ponderación bajo una u otra ley, ambas de naturaleza infraconstitucional. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde, Alicia E. C. Ruiz y José O. Casás. En sentido concordante ver voto del señor juez Luis F. Lozano).*

2. La intervención de la Secretaría de Comercio Interior de la Nación, la Dirección General de Defensa del Consumidor, o del Banco Central, no puede ser causa de la invocada afectación de la garantía del *juez natural*, ya que no es posible concebir a esas instancias de la actividad administrativa como órganos judiciales. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde, Alicia E. C. Ruiz y José O. Casás. En sentido concordante ver voto del señor juez Luis F. Lozano).*

3. La queja no contiene argumentos que intenten demostrar por qué razón un mismo hecho no puede constituir a la vez, una infracción al sistema de defensa del consumidor y al régimen de tarjetas de crédito, o permitan descartar que la tarjeta de crédito esté comprendida en la tutela que la Constitución Nacional y la Constitución local, así como la ley 24.240, brindan al consumidor. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde, Alicia E. C. Ruiz y José O. Casás. En sentido concordante ver voto del señor juez Luis F. Lozano).*

4. La existencia de una potestad concurrente entre los órganos administrativos nacionales y locales en la protección al consumidor en los conflictos vinculados con el sistema de tarjetas de crédito, ha sido ahora consignada expresamente en la reciente ley 26.361 que reformó tanto la Ley de Defensa del Consumidor como la Ley de Tarjetas de Crédito, estableciendo que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires será autoridad local de aplicación de ambas leyes, con amplias facultades de control, vigilancia y juzgamiento sobre el cumplimiento de las mismas y de las normas reglamentarias. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde, Alicia E. C. Ruiz y José O. Casás. En sentido concordante ver voto del señor juez Luis F. Lozano).*

5. La actividad que despliega la Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor importa el ejercicio de la función administrativa habilitada a las autoridades locales por la Ley de Defensa del Consumidor para las inconductas que ella regula. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde, Alicia E. C. Ruiz y José O. Casás. En sentido concordante ver voto del señor juez Luis F. Lozano).*

6. La invocación de una supuesta lesión al principio de legalidad penal, que no fue planteada a decisión de la Cámara, aparece como una reflexión tardía y, por ende, no satisface la exigencia establecida en el art. 27 de la ley 402 de que la decisión cuestionada haya recaído sobre ese tema. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde, Alicia E. C. Ruiz y José O. Casás).*

7. No cabe admitir la queja en relación a la tacha de arbitrariedad de la sentencia cuando el recurso no demuestra los defectos de fundamentación o lógicos del fallo atacado, la decisión exhibe un razonamiento coherente y suficiente de las

cuestiones tratadas, y no ha omitido considerar aspectos relevantes para la decisión del caso. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde, Alicia E. C. Ruiz y José O. Casás).*

8. No cabe admitir el recurso de queja que se basa en la exposición de discrepancias —sin origen constitucional— con relación a la valoración de prueba, la fijación de hechos y la interpretación de reglas de derecho infraconstitucionales que establece la sentencia impugnada, con lo cual se torna inaplicable un remedio extraordinario, como es el motivo de arbitrariedad, aun para la opinión hermenéutica más difundida y acogida por el TSJBA. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde, Alicia E. C. Ruiz y José O. Casás).*

9. Sobre la base la regla hermenéutica que aconseja preferir aquellas interpretaciones que otorguen efectos a las normas frente a las que las privan de sentido total o parcialmente, cabe sostener que a los contratos de tarjetas de crédito se les aplican los preceptos de la Ley de Defensa del Consumidor que brindan facultades sancionatorias a las autoridades locales. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

10. Es correcto declarar inadmisible el recurso de inconstitucionalidad cuando, más allá de la enunciación genérica de preceptos constitucionales que se dicen vulnerados, los agravios propuestos remiten a la consideración de cuestiones propias de los jueces de la causa que resultan —por regla— ajenas al marco de valoración que permite realizar (art. 27, ley 402). *(Voto del señor juez José O. Casás).*

Expte. nº 5639/07 - 25/6/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Surge de las actuaciones agregadas a la queja que la señora Blanca Nieves Mereles denunció ante la Dirección Jurídica de Protección al Consumidor a Entertaiment Depot S.A. (en adelante ED) y Banco Cetelem Argentina S.A. (en adelante BC) por la comisión de una infracción a la ley 24.240 (LDC). Expresó que adquirió en la empresa "Musimundo" un equipo de audio —cuyo precio de contado era de pesos mil ($ 1.000)— mediante un plan de pago de veinticuatro (24) cuotas de sesenta pesos ($ 60) cada una, de acuerdo a la oferta exhibida en el comercio. Al momento de cancelar la última cuota le fue informado que mantenía una deuda de aproximadamente setecientos pesos ($ 700) no obstante haber cumplido con los pagos en la forma establecida en la oferta (fs. 2).

Fracasada la conciliación, tomó intervención la Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor (en adelante DGDyPC) quien imputó a las dos empresas denunciadas la presunta infracción de los arts. 4º y 36 de la ley 24.240 (fs. 2 vta., fs. 33 vta.). La Administración consideró que la falta de información respecto de la financiación del crédito solicitado por la señora Mereles vulneró lo dispuesto por

el art. 4º de ley 24.240 y que el denunciado no consignó en la solicitud de crédito la información exigida por el art. 36 de esa ley.

BC presentó su descargo. Rechazó la imputación efectuada y sostuvo que la documentación no presentó vicio alguno que la invalide ni violó norma alguna. Afirmó que hizo saber a la denunciante que de ser aceptada su solicitud sería titular de una tarjeta de crédito, con un límite preestablecido para adquirir productos en los comercios adheridos que devengaría intereses sobre el capital utilizado pendiente de amortizar. Consideró que era aplicable la ley 25.065 de Tarjetas de Crédito (LTC) y, por lo contrario, no era de aplicación la ley 24.240 de Defensa del Consumidor.

La DGDyPC, mediante la disposición 4051-DGDYPC/04, sobreseyó a ED e impuso a BC una multa de pesos cinco mil ($ 5.000) y ordenó la publicación del acto sancionador en el diario *Clarín*. Consideró a BC responsable de infringir lo dispuesto por los arts. 4º y 36 de la ley 24.240. El acto administrativo puso de relieve que la señora Mereles concurrió a un local de la firma "Musimundo" para adquirir un equipo de audio mediante un plan de cuotas y no para obtener una tarjeta de crédito, y que ella suscribió una solicitud de crédito y no una solicitud de tarjeta de crédito. Consideró que la consumidora no recibió la información suficiente respecto de las características esenciales del servicio de préstamo lo que le impidió conocer con exactitud el objeto de la contratación. En relación a la infracción prevista en el art. 36, LDC, para la Administración quedó probada con la documentación que se extendió con motivo de la operación en la que no se consignó el precio de contado en cuotas ni lo atinente a intereses y otros gastos cuyos montos el consumidor debe conocer (fs. 33/37 vta.).

2. BC interpuso el recurso previsto por el art. 45 de la ley 24.240 (fs. 48/61). Al expresar agravios sostuvo que:

a) la DCDyPC era incompetente para intervenir frente a la denuncia ya que la actividad encuadra en el sistema de tarjetas de crédito, regulado por la LTC que en su art. 50 dispone que será autoridad de aplicación *exclusiva* el Banco Central de la República Argentina para todas las cuestiones que versen sobre aspectos financieros, ley especial y posterior si se la relaciona con la LDC;

b) el acto cuestionado carece de motivación, pues sus expresiones no se corresponden a las constancias del sumario;

c) el otorgamiento y emisión de una tarjeta de crédito presupone la existencia de una relación contractual, y en el caso no existe ninguna ambigüedad en la terminología utilizada por el banco, dado que la misma se corresponde completamente con las particularidades del negocio que regula;

d) el art. 36 de la ley 24.240 se refiere exclusivamente al crédito destinado a la adquisición de cosas o servicios y no es de aplicación al caso pues el concedido por el banco tenía otra finalidad (cancelar una deuda pendiente y las financiaciones instrumentadas por medio del sistema de tarjeta de crédito); y

e) la inexistencia de infracción y perjuicio para el consumidor.

3. El GCBA contestó el recurso y solicitó su rechazo (fs. 44/47).

4. La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso- administrativo y Tributario rechazó el recurso de BC, con costas (fs. 2/6 vta.).

En los fundamentos de la decisión la Cámara afirmó que la DGDyP tenía competencia para conocer y decidir en la instancia administrativa, de acuerdo a lo establecido por el art. 41, LDC —que asigna a los gobiernos provinciales y a la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires el carácter de autoridad de aplicación de la ley y de sus normas reglamentarias— y por el dec. 17-GCBA/03, que en el art. 2º, del Anexo I, designó como autoridad de aplicación de la ley nacional 24.240, en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a la Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor. La Sala agregó que en los considerandos de la disposición recurrida se ha valorado a los hechos, a la prueba ofrecida y establecido el derecho aplicable y que el recurrente no explicó, concretamente, qué es lo que la Administración omitió considerar en el acto cuestionado. El tribunal señaló que el tema discutido en el sumario no fue qué tipo de instrumento suscribió la denunciante Mereles, sino, en cambio, si la información que se le brindó satisfizo las exigencias de los arts. 4° y 36 de la LDC. En cuanto al planteo del recurrente referido a que la situación denunciada se rige por la ley 25.065, y no es de aplicación el art. 36, LDC, la Sala expresó que la denunciante presentó una "solicitud de crédito" para la compra de un artefacto y no una solicitud de tarjeta de crédito, razón por la cual resulta aplicable la LDC, que establece en su art. 36 todos los recaudos que deben consignarse por el proveedor (el precio de contado, saldo de deuda, total de intereses a pagar, la cantidad de pagos a realizar, su periodicidad y el monto total financiado), especificaciones que no fueron cumplidas en el caso. En cuanto a la falta de perjuicio para el consumidor, la Sala consideró que es irrelevante pues se trata de una infracción de pura actividad.

5. BC interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 7/16). Sostuvo que la sentencia era arbitraria por apartarse de las constancias de la causa, por violar el principio de legalidad en materia penal al aplicar en forma extensiva normas represivas y soslayar la aplicación de otra ley específica. Afirmó que fueron afectadas las garantías del "juez natural", del debido proceso y del derecho de defensa. Reiteró el planteo de incompetencia de la Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor, por permanecer la actora comprendida bajo el régimen de la ley nacional 25.065 de tarjetas de crédito.

El GCBA contestó el traslado y solicitó su rechazo. Expresó el Gobierno que el recurso carece de fundamentación suficiente, ya que no constituye una crítica concreta y razonada del decisorio impugnado, b) la sentencia recurrida no es arbitraria, ya que deriva de constancias obrantes en la causa, y c) ausencia de caso constitucional, pues la recurrente se limita a expresar su mero disenso y reitera argumentos expuestos en presentaciones anteriores. (fs. 38/43).

La Sala declaró inadmisible el recurso pues "los argumentos vertidos por la recurrente se limitaron a disentir con la interpretación que, en el caso, recibieron

normas legales de naturaleza infraconstitucional. A ello se agrega la ambigua invocación genérica de arbitrariedad (...). De los términos de la sentencia cuestionada surge que los temas principales tratados en ella versaron sobre el hecho denunciado, su prueba, la interpretación y aplicación de la ley 24.240 y la cuantía de la sanción. Se trataron cuestiones fácticas y procesales, con fundamento en las disposiciones legales que rigen la materia. La circunstancia de que el recurrente discrepe con el razonamiento efectuado por la Cámara sobre reglas de derecho común, infraconstitucional, no significa que la sentencia devenga infundada y, por ende, arbitraria, ni tampoco pone de manifiesto la existencia de un caso constitucional" (fs. 18 y vta.).

6. BC interpuso recurso de hecho ante el Tribunal contra la decisión de la Cámara (fs. 23/29 vta.). El Fiscal General, en su dictamen, propició que se rechace la queja (fs. 67/70).

FUNDAMENTOS:

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. La queja planteada por BC, en tiempo y forma, trae a conocimiento del Tribunal un asunto que presenta características peculiares que deben ser señaladas en forma previa a justificar la decisión a adoptar.

a) La señora Mereles, según se relata en el acto sancionador y en la sentencia, concurrió a "Musimundo" (firma comercial cuyo titular sería Entertaiment Depot S.A.) y decidió adquirir un equipo musical cuyo precio, según la oferta exhibida en el local, era de $ 1.000 o de 24 cuotas de $ 60. Optó por el pago en cuotas. Al parecer, esa elección exigía la presentación de una "solicitud de crédito" que dio lugar a la actuación de Banco Cetelem —quien expresa, en el recurso de apelación que interpuso, que el Banco tenía un convenio con "Musimundo" en virtud del cual los clientes de esa empresa "podían obtener financiación de sus consumos, a través de tarjetas de crédito" otorgadas por BC (fs. 48 vta.).

Afirma el Banco que la señora Mereles "a partir del primer vencimiento previsto para el 8/4/1999 (...) optó por efectuar el pago mínimo exigido ($ 60) suma calculada en un porcentaje respecto del límite de crédito y curiosamente coincidente con la oferta de venta de "Musimundo"; financiaría el saldo restante en las condiciones vigentes para cada período, informadas en cada resumen de cuenta" (fs. 48 vta.). El último pago que efectuó la señora Mereles fue en marzo de 2001. El crédito concedido a la denunciante fue resuelto por BC a causa de la mora en que ella incurriera para cancelar el saldo, que, según el Banco, ahora asciende a $ 829,96.

b) De lo que se ha expresado en el expediente, se infiere que la señora Mereles abonó las 24 cuotas de $ 60 consignadas en la oferta de "Musimundo", pero que esos pagos no fueron suficientes para cancelar la obligación determinada por

Banco Cetelem, agente que concedió la tarjeta de crédito para realizar la operación de compra en cuotas.

c) Resulta llamativo que "Musimundo" (o Entertaiment Depot) fue considerada ajena a la situación planteada y sobreseída en la instancia administrativa, en donde prosperó su defensa fundada en su falta de legitimación pasiva. De tal forma, no obstante que la compra se realizó a Musimundo, sobre la base de una oferta de esa empresa (24 cuotas de $ 60), a través del agente financiero que se vinculaba con esa firma comercial, los defectos de información (y la consiguiente responsabilidad) sólo fueron atribuidos a Banco Cetelem. Es claro que la actividad proveedora de bienes de consumo de Musimundo se enmarca en la LDC, pero ella ha quedado fuera del procedimiento sancionador. Así, los defectos que pudieron existir en la publicidad o en la información brindada a la señora Mereles en relación a la operación de compraventa que ella quería efectuar con "Musimundo", son aspectos sobre los que (no obstante su innegable trascendencia) nada puede decirse ahora. Lo único que cabe juzgar es la actividad de Banco Cetelem.

2. BC planteó en todas las oportunidades que su actividad se regula por la LTC, que prevé como autoridades de aplicación exclusivamente al Banco Central para las cuestiones que se refieran a los aspectos financieros y Secretaría de Industria, Comercio y Minería de la Nación para los asuntos vinculados con aspectos comerciales (art. 50, ley 25.065). En consecuencia, postuló que la investigación de su conducta queda fuera de la competencia de la DGDyPC, órgano del gobierno local para la aplicación de la LDC. La cuestión fue articulada ante la Administración (ver reseña a fs. 34), reiterada al requerir el control judicial del acto sancionador (fs. 49/51 vta.), al interponer el recurso de inconstitucionalidad (fs. 14/15) y finalmente en el recurso de queja (fs. 24 vta./28). La recurrente afirma que la incompetencia de la autoridad administrativa local pone en debate su derecho de defensa en juicio "al sacársela de sus 'jueces naturales' que son los designados por el art. 50 de la ley 25.065" (fs. 61).

3. El primer agravio reitera el planteo articulado por el recurrente ante la Cámara en relación a que el caso debía regirse por la LTC y no por la LDC.

La decisión referida a si los hechos atribuidos a BC se deben subsumir también bajo las previsiones de la Ley de Defensa del Consumidor o sólo bajo las pautas de la Ley de Tarjetas de Crédito no involucra cuestión constitucional alguna, pues remite sólo a la determinación de hechos y su ponderación bajo una u otra ley, ambas de naturaleza infraconstitucional. Aunque BC pretende que la afectación constitucional provendría de la intervención de una autoridad administrativa que, de aplicarse la LTC, no sería competente, y que ello conllevaría la afectación de la garantía del "juez natural" (el entrecomillado corresponde al propio recurrente, fs. 24 vta.), lo cierto es que:

a) las comillas con las que BC enmarca la expresión *juez natural*, dan cuenta del uso impropio de la garantía constitucional en el caso (cuestión, por lo demás, evidente ya que no es posible concebir al Banco Central, la

Secretaría de Comercio Interior de la Nación o la DGDyPC como órganos judiciales);

b) BC no ha intentado tan siquiera argumentar por qué razón un mismo hecho no puede constituir, a la vez, una infracción al sistema de defensa del consumidor y al sistema de tarjetas de crédito;

c) BC tampoco ha formulado argumentos para descartar que la tarjeta de crédito esté comprendida en la tutela que la Constitución nacional y la Constitución local, así como la ley 24.240, brindan al consumidor; y

d) la actividad desplegada por la DGDyPC se enmarca dentro de la función administrativa habilitada a las autoridades locales por la LDC para las inconductas que regula dicha ley. Cabe recordar, al mismo tiempo, que cualquiera que colabore con el infractor, sobre todo necesariamente, aunque éste, por alguna razón, no haya merecido sufrir una pena, es también infractor, para lo cual la manera según la cual designamos con el idioma a su acción —coautoría, complicidad— tiene tan sólo relativa importancia (la discusión y debate al respecto supera la importancia jurídica del caso).

4. La existencia de una potestad concurrente entre los órganos administrativos nacionales y locales en la protección al consumidor de tarjetas de crédito, que el recurrente parece negar sin dar alguna razón, ha sido consignada ahora expresamente en la LTC. De tal forma, lo afirmado por BC en relación con la incompetencia de los órganos locales para atender los conflictos vinculados con el sistema de tarjetas de crédito (art. 50, ley 25.065) ha quedado desactualizado.

Es dable remarcar que mediante la reciente ley 26.361 (*B.O.,* 7/4/2008) fueron reformadas tanto la LTC como a la LDC. En lo que interesa al caso, el art. 34 de la nueva ley modificó el art. 50 de la Ley de Tarjetas de Crédito que, en su texto actual, expresa:

> "*Autoridad de aplicación*. A los fines de la aplicación de la presente ley actuarán como autoridad de aplicación:
>
> *a)* El Banco Central de la República Argentina, en todas las cuestiones que versen sobre aspectos financieros.
>
> *b)* La Secretaría de Comercio Interior, dependiente del Ministerio de Economía y Producción, en todas aquellas cuestiones que se refieran a aspectos comerciales, pudiendo dictar las respectivas normas reglamentarias y ejercer las atribuciones de control, vigilancia y juzgamiento sobre su cumplimiento.
>
> Con relación al, inc. b), la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las provincias actuarán como autoridades locales de aplicación, ejerciendo el control, vigilancia y juzgamiento sobre el cumplimiento de la presente ley y sus normas reglamentarias respecto de los hechos sometidos a su jurisdicción, pudiendo delegar atribuciones, en su caso, en organismos de su dependencia o en las municipalidades. Sin perjuicio de ello, la autoridad de aplicación nacional podrá actuar concurrente-

mente aunque las presuntas infracciones ocurran sólo en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o de las provincias".

En el mismo sentido el art. 17 de la ley nacional 26.361 dispuso sustituir el art. 41 de la Ley de Defensa del Consumidor, por el siguiente:

"*Art. 41:* Aplicación nacional y local. La Secretaría de Comercio Interior dependiente del Ministerio de Economía y Producción, será la autoridad nacional de aplicación de esta ley. La Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las provincias actuarán como autoridades locales de aplicación ejerciendo el control, vigilancia y juzgamiento en el cumplimiento de esta ley y de sus normas reglamentarias respecto de las presuntas infracciones cometidas en sus respectivas jurisdicciones".

Las reformas introducidas han venido a confirmar en forma expresa la concurrencia de atribuciones mencionadas en este voto.

5. El recurrente plantea, también, por una supuesta lesión al principio de legalidad penal. Tal cuestión no fue planteada a decisión de la Cámara, razón por la cual aparece como una reflexión tardía y, por ende, no satisface la exigencia establecida en el art. 27 de la ley 402 de que la decisión cuestionada haya recaído sobre ese tema.

6. Finalmente, tampoco cabe admitir la queja en relación a la tacha de arbitrariedad de la sentencia pues el recurso no demuestra los defectos de fundamentación o lógicos del fallo atacado, que el recurrente pregona. La decisión exhibe un razonamiento coherente y suficiente de las cuestiones tratadas, y no ha omitido considerar aspectos relevantes para la decisión del caso, por lo que no puede ser descalificada sobre la base de esa doctrina.

Como lo señalé múltiplemente, yo sostengo una posición particularmente estricta respecto de la *arbitrariedad* como motivo de procedencia del recurso intentado (conf. mis votos en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 3565/04, resolución del 25/5/2005 y "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Lococo, Marcela c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración), expte. nº 3792/05, resolución del 29/6/2005). No obstante ello, el recurso no pasa de ser la exposición de discrepancias —sin origen constitucional— con relación a la valoración de prueba, la fijación de hechos y la interpretación de reglas de derecho infraconstitucionales que establece la sentencia impugnada, con lo cual se torna inaplicable un remedio extraordinario, como es el motivo de arbitrariedad, aun para la opinión hermenéutica más difundida y acogida por el TSJBA.

Por las razones expuestas, voto por rechazar el recurso de queja planteado por Banco Cetelem y darle por perdido el depósito efectuado a fs. 62.

Las juezas ANA MARÍA CONDE *y* ALICIA E. C. RUIZ *dijeron:*

Adherimos a los fundamentos contenidos en los considerandos 1 a 6, primer párrafo, del voto del juez Julio B. J. Maier y, en consecuencia, al dispositivo propuesto por nuestro colega.

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. Coincido con el juez de trámite, Julio B. J. Maier, en que la queja interpuesta debe ser rechazada, pues el recurrente no logró articular un caso constitucional capaz de habilitar la intervención de esta instancia extraordinaria.

2. El primer agravio, presidido por el título de "Apartamiento del 'juez natural'", no va más allá de la simple mención sin explicar de qué manera la garantía se ve vulnerada en el caso. En realidad, se reduce a sostener que el acto impugnado habría emanado de autoridad incompetente por lo que el rechazo de esa cuestión por parte de la Cámara importa una arbitrariedad suficiente para que se revoque la sentencia en esta instancia.

En cuanto a lo primero, el recurrente se limita a sostener que corresponde aplicar la Ley de Tarjetas de Crédito puesto que la relación que lo vinculó con la denunciante tiene sustento en un contrato de tarjeta de crédito. Sostiene, asimismo, que esa ley es posterior y especial con respecto a la Ley de Defensa del Consumidor y que ello es suficiente para desplazar la competencia sancionatoria del organismo local especializado en la protección del consumidor que, cuando ocurrieron los hechos en cuestión y fue impuesta la sanción, sólo estaba prevista en la segunda.

Si bien el quejoso cuestiona la potestades punitivas de la DGDyPC para supuestos como el de autos, reconoce que "...las disposiciones de la ley de defensa del consumidor obviamente se aplican también a las relaciones nacidas como consecuencia del contrato de tarjeta de crédito, puesto que ésta es también una relación de consumo..." (fs. 25 vta.). También argumenta que la relación que lo vinculó con la denunciante debe ser "...encuadrada en los términos de la ley 25.065, cuyo art. 50 sostiene la 'exclusividad' de la actuación (...) como autoridades de aplicación..." de las autoridades nacionales (fs. 25/25 vta.).

La argumentación del recurrente no demuestra que la interpretación realizada por la DGDyPC (sostenida en virtud del rechazo del recurso directo) pueda ser descalificada por arbitraria. Por el contrario, la sanción impuesta parece posible incluso a la luz de la interpretación propuesta por el recurrente, ya que el acto impugnado obtiene su causa legal en la LDC (arts. 4º y 36), que el recurrente entendió aplicable a supuestos como el de autos (y no en la LTC). A su turno, el banco quejoso no explica por qué debe hacerse una excepción a la regla que imputa aplicable la LDC a los contratos de tarjeta de crédito, en aquellas previsiones que otorgan facultades sancionatorias a las autoridades locales. Nada impide, como regla general, que exista superposición de regímenes sobre una determinada actividad, ni que existan múltiples autoridades de aplicación y, por lo demás, el recurrente ni siquiera demuestra que exista tal superposición.

La lectura de los primeros artículos de las normas en cuestión denota que la interpretación cuestionada resulta una adecuada a los textos legales en juego.

El art. 2º de la LDC establece que "[q]uedan obligados al cumplimiento de esta ley todas las personas físicas o jurídicas, de naturaleza pública o privada que, en forma profesional, aun ocasionalmente, produzcan, importen, distribuyan

o comercialicen cosas o presten servicios a consumidores o usuarios", expresión que incluye a la actividad bancaria o a los contratos de tarjeta de crédito. Por lo demás, la actividad en cuestión tampoco se encuentra entre los supuestos que ese mismo artículo excluye del ámbito de aplicación de la ley. A su turno, el art. 3º prescribe que "[l]as disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones jurídicas antes definidas, en particular las de Defensa de la Competencia y de Lealtad Comercial. En caso de duda, se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor". Este último precepto pone de manifiesto que es voluntad del legislador que la LDC sea aplicada en forma conjunta con regímenes especiales como el de la LTC, especialmente en casos como el presente en que ello resulta más favorable para los intereses a cuya tutela está consagrada la ley.

Por su lado, la LTC, en su art. 3º, dispone que "...supletoriamente se aplicarán las normas de los códigos Civil y Comercial de la Nación y de la Ley de Defensa del Consumidor (ley 24.240)".

Cabe resaltar que, en la inteligencia de las instancias anteriores, el conflicto no se trabó con relación a un contrato de tarjeta de crédito sino que ello fue accesorio a la compra de un electrodoméstico con financiación. Para obtener esa financiación —requerida y publicitada—, la denunciante fue inducida —siempre según lo que los jueces de mérito han tenido por acreditado— porque la solicitud de crédito que suscribió brindaba "...información ambigua o limitada que no permitió a la titular del crédito contar con un conocimiento adecuado de los límites y alcances de sus obligaciones..." lo que derivó en que el recurrente contratara, sin saberlo, los servicios de una tarjeta de crédito (fs. 5 vta.). Así las cosas —más allá de la llamativa liberación de responsabilidades del comercio en el que se desarrollaron los hechos— la interpretación sostenida por el organismo local y confirmada por la Cámara no parece arbitraria.

Esto se ve avalado también porque la interpretación sugerida por el recurrente tornaría inaplicable a los contratos de tarjetas de crédito aquellos preceptos de la LDC que brindan facultades sancionatorias a las autoridades locales, lo que resulta contrario a la regla hermenéutica que aconseja preferir aquellas interpretaciones que otorguen efectos a las normas frente a las que las privan de sentido total o parcialmente (recogida en *Fallos,* 321:793 y 329:1092, entre otros). En este caso, esos preceptos son justamente aquellos que brindan herramientas para sancionar y corregir las violaciones a esa norma, por lo que, si se sigue el razonamiento del recurrente, pese a que no se alteraría el carácter obligatorio de la LDC, ella sería apenas una expresión de deseo, lo que dejaría a las partes más débiles de la relación de consumo sin la protección que el legislador quiso otorgarles.

3. La queja tampoco puede prosperar por los agravios consignados bajo el título "Violación del principio de legalidad. Aplicación analógica de la norma represiva" (fs. 28). En esa sección el recurrente sostiene que la sanción impugnada excede el límite prescripto por los arts. 47 y 49 de la LDC, en especial sostiene que la multa sobrepasa la previsión del primero de estos que dispone que las san-

ciones tendrán como límite "el triple de la ganancia o beneficio ilegal obtenido por la infracción". Sin embargo, no demuestra que ello haya sucedido en autos. En ningún momento explica cuál sería el monto de ganancia obtenido o cómo debe ser calculado y, por lo tanto, no muestra que la sanción impuesta exceda el límite legal. Así las cosas, falla el recurrente en mostrar la relación directa entre el agravio planteado y la situación de autos.

4. Por las razones expuestas, la queja interpuesta a fs. 23/29 vta. debe ser rechazada.

El juez José O. Casás dijo:

1. Adhiero a la solución que propicia en su voto el señor juez de trámite, doctor Julio B. J. Maier.

2. El recurso de inconstitucionalidad —que se pretende mantener ante este Estrado mediante la interposición de la queja respectiva— fue correctamente declarado inadmisible por la Cámara, pues, más allá de la enunciación genérica de preceptos constitucionales que se dicen vulnerados, los agravios que propone remiten a la consideración de cuestiones propias de los jueces de la causa que resultan —por regla— ajenas al marco de valoración que permite realizar un recurso de inconstitucionalidad (art. 27, ley 402).

En efecto, los planteos formulados por el "Banco Cetelem Argentina S.A." se limitan, por un lado, a objetar la interpretación de las normas infraconstitucionales tenidas en cuenta para determinar en el caso la competencia de la autoridad administrativa local para imponer la sanción discutida —Ley de Defensa del Consumidor 24.240 y Ley de Tarjetas de Crédito 25.065— y, por otro, a controvertir la valoración de hechos y pruebas realizada para corroborar la existencia y entidad de la infracción enrostrada.

3. Por lo demás, no se ha logrado demostrar que la decisión recaída sobre estos aspectos —como se dijo, propios de los jueces de la causa— pueda ser descalificada como acto jurisdiccional válido con apoyo en la doctrina de la arbitrariedad.

Por el contrario, se advierte que la Sala II al dictar sentencia brindó tratamiento a todos los planteos relevantes contenidos en el recurso de apelación, para concluir que no se había acreditado ningún argumento atendible que permita aseverar que una infracción a la ley que regula el sistema de tarjetas de crédito no puede constituir también una infracción a la Ley de Defensa del Consumidor. En este sentido, debe destacarse que el apuntado desarrollo argumental de los jueces de la Cámara no sólo se encuentra respaldado por fundamentos que estimo suficientes, sino que ellos no han sido objeto de refutación concreta y razonada por parte de la interesada.

Tampoco se ha logrado demostrar la arbitrariedad de la decisión atacada en punto a la valoración de las cuestiones de hecho y prueba conducentes para tratar el agravio referido al *quantum* de la multa resistida.

En suma, considero que el recurso de queja interpuesto 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 (v. en el mismo sentido el dictamen del señor Fiscal General, obrante a fs. 69/70).

Por las consideraciones expuestas, corresponde rechazar la queja deducida y dar por perdido el depósito de ley.

Así lo voto.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el Fiscal General,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja planteado por el Banco Cetelem Argentina S.A.

2º. *Dar* por perdido el depósito de fs. 62.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita el expediente a la Sala interviniente para que sea agregado a los autos principales.

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

CXLII

"MINISTERIO PÚBLICO —ASESORÍA TUTELAR DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES— C/GCBA S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD"

ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD: Naturaleza. Caracteres. PRODUCCIÓN DE PRUEBA: Prueba de informes. Facultad del juez instructor.

SUMARIOS:

1. La acción declarativa de inconstitucionalidad tiene por objeto analizar en abstracto la validez constitucional de la norma impugnada, esto es, tan sólo su posible discordia con una norma de superior jerarquía sin vincularla con el progreso de una pretensión cuyo objeto sea la tutela de un derecho o interés individual. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

2. Las objeciones constitucionales en la acción declarativa de inconstitucionalidad deben partir de una interpretación vigente, previsible o esperable de la norma impugnada y no de aquella remota o improbable que pudiera imaginar el accionante. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

3. La acción declarativa de inconstitucionalidad es abstracta en cuanto está desvinculada de soluciones subjetivas que impactan sobre la esfera de derechos de algunas personas y se circunscribe a la resolución de un conflicto normativo mediante la eliminación de la norma inferior; pero, no porque verse acerca de una

interpretación conjetural de esa norma inferior, norma que, por el contrario, deberá ser tomada en la inteligencia predominante. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

4. Dado que previsiblemente existen diversas interpretaciones en torno al art. 27 de la ley 12, es relevante establecer cuáles son las condiciones generales de aplicación de la normativa cuestionada, porque esa norma, y no los casos particulares de aplicación, constituye el objeto de examen, por lo que corresponde con carácter previo a convocar la audiencia prevista por el art. 6º de la ley 402 y en uso de las facultades previstas por el art. 29 del CCAyT, aplicable en función de lo establecido por el art. 2º de la LPT, ordenar la producción de prueba informativa. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere el señor juez José O. Casás).*

5. Por regla, de acuerdo con la naturaleza y características de la acción declarativa de inconstitucionalidad prevista en el art. 113, inc. 2°, CCBA, no corresponde la producción de la prueba propuesta; sin perjuicio de ello su realización puede llevarse a cabo si el magistrado instructor lo considera necesario. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

6. No corresponde su producción de prueba informativa en el marco de la acción declarativa de inconstitucionalidad. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

7. En principio, las acciones declarativas de inconstitucionalidad (como control abstracto) establecen tan sólo una comparación normativa entre reglas de diferente nivel institucional, una de las cuales decide sobre la validez de la otra, razón por la cual raramente, en todo caso en forma excepcionalísima, es necesario producir prueba, en el sentido en el cual la palabra prueba se utiliza para los procesos en los que se resuelven casos reales. *(Voto en disidencia del señor juez Julio B. J. Maier).*

8. La labor de los jueces en la acción declarativa de inconstitucionalidad es, parcialmente, fijar las únicas interpretaciones posibles, sobre todo en relación con la norma común (*infraconstitucional*) impugnada, teniendo en cuenta el principio de presunción de validez que las normas comunes tienen por referencia a la autoridad que las emite, presunción que, extendida, abarca también a cualquier acto de autoridad competente. *(Voto en disidencia del señor juez Julio B. J. Maier).*

9. El ejercicio de una atribución relativa a la incorporación de prueba con anterioridad al debate en la acción declarativa de inconstitucionalidad, no está previsto como facultad en la ley, y además, incluso en el caso en que se considere admisible, su ejercicio debe ser excepcional porque, como también sucede en los procesos o casos concretos, ella, en el fondo, implica cierta toma de posición, incluso difusa, sobre el tema a decidir (temor de parcialidad). *(Voto en disidencia del señor juez Julio B. J. Maier).*

Expte. nº 5541/07 - 30/6/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Con carácter previo a convocar la audiencia prevista por el art. 6º de la ley 402 y en uso de las facultades previstas por el art. 29 del CCAyT, aplicable en fun-

ción de lo establecido por el art. 2º de la LPT, corresponde ordenar la producción de prueba informativa destinada a que los organismos que se individualizarán, aporten datos que resultan conducentes para decidir la demanda entablada a fs. 1/19.

2. Es doctrina sentada por el Tribunal desde sus comienzos aquella según la cual acciones de la especie de la presente tienen por objeto analizar en abstracto la validez constitucional de la norma impugnada, esto es, tan sólo su posible discordia con una norma de superior jerarquía sin vincularla con el progreso de una pretensión cuyo objeto sea la tutela de un derecho o interés individual.

Empero, vale señalar que la acción del art. 113, inc. 2º, de la CCBA puede ser instada por cualquier persona física o jurídica quienes, obviamente, no están llamados a aplicar la ley —como tampoco lo está, en el supuesto que nos ocupa, el órgano promotor de esta acción— sino que a todos ellos corresponde verla aplicar y, eventualmente, sufrirla. Ello así, la parte actora puede proponer el debate constitucional en torno a lo que estima una interpretación previsible de la normativa cuestionada. En otras palabras, las objeciones constitucionales en la ADI deben partir de una interpretación vigente, previsible o esperable de la norma impugnada y no de aquella remota o improbable que pudiera imaginar el accionante. Ese recaudo evita confundir abstracción con discusión bizantina, cosa esta última bien alejada de los procesos judiciales cualquiera fuere su especie. En definitiva, ello obedece a que la acción es abstracta en cuanto está desvinculada de soluciones subjetivas que impactan sobre la esfera de derechos de algunas personas y se circunscribe a la resolución de un conflicto normativo mediante la eliminación de la norma inferior; pero, no porque verse acerca de una interpretación conjetural de esa norma inferior, norma que, por el contrario, deberá ser tomada en la inteligencia predominante.

En este orden de ideas, y habida cuenta de que previsiblemente existen diversas interpretaciones en torno al art. 27 de la ley 12, es relevante establecer cuáles son las condiciones generales de aplicación de la normativa cuestionada, porque esa norma, y no los casos particulares de aplicación, constituye el objeto de nuestro examen.

2.1. Por ello, corresponde requerir al señor Fiscal General, en representación del Ministerio Público de la CABA, al señor Jefe de la Policía Federal Argentina y el señor Prefecto Nacional Naval que informen:

a) En cuantas oportunidades el organismo a su cargo tomó contacto con niños, niñas o adolescentes en razón de la posible comisión de una contravención, qué resolvió a su respecto y, en su caso, adónde los derivó; cuánto tiempo promedio mantuvo el contacto con el niño, niña o adolescente y en qué empleó ese tiempo;

b) si el organismo a su cargo aplica alguna normativa que establezca criterios de interpretación, instrucciones, pautas o prácticas de cualquier especie, en la aplicación del art. 27 de la ley 12; en su caso ,al responder este pedido, deberá acompañar los textos que los instrumenten o, si no los hubiere, describirlas de modo detallado;

c) en cuantas oportunidades el organismo a su cargo derivó personas al Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes por aplicación de lo previsto en el art. 27 de la ley 12 y, en esos casos
  c.1) cuáles fueron los motivos de riesgo que motivaron dicha derivación;
  c.2) cuáles fueron las contravenciones que llevaron a las referidas aplicaciones del citado art. 27 de la ley 12;
  c.3) cuánto tiempo promedio demanda concretar la derivación a la que se refiere el punto c) —desde el momento en que los agentes del organismo a su cargo toman contacto con el niño, niña o adolescente hasta aquel otro en que lo derivan al Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes— en qué fue empleado, discriminando en lo posible cuánto tiempo se aplica a cada acción ejecutada;
  c.4) cuánto fue el tiempo máximo y cuánto el mínimo que utilizó en los supuestos a que se refiere c.3);
d) de qué modo establece el organismo a su cargo que se da el supuesto del art. 27 de la ley 12;
e) qué elementos suministra al Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes en aquellos casos en que efectúa una derivación de las contempladas en el art. 27 de la ley 12.

2.2. Por su parte, corresponde requerir al señor Defensor General de la CABA, en representación del Ministerio Público de la Defensa que informe si, en el marco de los procesos contravencionales en los que intervienen defensores oficiales, se observa alguna normativa, instrucción interna, pauta o práctica que en relación con el cumplimiento del art. 27 de la ley 12; en su caso, al responder este pedido, deberá acompañar los textos de donde resulten o describirlas detalladamente. Para el supuesto de que se respondiera negativamente a la consulta anterior, deberá indicar cuál es el temperamento aplicado por las defensorías oficiales en la materia de consulta.

2.3. Asimismo, corresponde requerir al Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes que informe si el organismo aplica alguna normativa que establezca criterios de interpretación en relación con el art. 27 de la ley 12 y/o cualquier otra instrucción interna con igual finalidad; en su caso deberá acompañarlos al responder este pedido. También se solicita que informe en cuantas oportunidades se dio intervención a al Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes por aplicación de lo previsto en el art. 27 de la ley 12 y, en esos casos: *a)* quién obraba como autoridad de aplicación; *b)* cuál fue el temperamento adoptado; *c)* cuáles fueron los motivos de riesgo invocados; *d)* cuáles fueron las contravenciones que involucraron a esas personas; *e)* en la medida en que tuvieran constancias a este respecto, cuánto tiempo promedio, máximo y mínimo, transcurre desde que alguna autoridad toma contacto con el niño, niña o adolescente hasta que se concreta la derivación al Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, y *f)* que me-

didas adopta el Consejo respecto de las personas que les son derivadas. Datos que, en principio, se inscriben dentro del cúmulo de información que, según la ley 114 (arts. 54, inc. h], y 70, incs. k] y r]) maneja el organismo en cuestión.

2.4. Por su parte, corresponde requerir al señor Presidente de la Cámara de Apelaciones del fuero Penal, Contravencional y de Faltas que informe cuál es el temperamento adoptado en el fuero cuando en el marco de actuaciones judiciales se establece que el presunto autor o partícipe de una contravención, o quien esté involucrado de cualquier otro modo en ellas, es una persona menor de 18 años.

3. También se hará saber a la señora Asesora General Tutelar que deberá informar, en el plazo de quince días, si en el marco de los procesos contravencionales en los que intervienen asesores tutelares, se observa alguna normativa, instrucción, pauta o práctica en relación con el art. 27 de la ley 12 y/o cualquier otra instrucción interna con igual finalidad; en su caso deberá acompañarlos al responder este pedido. Para el supuesto de que se respondiera negativamente a la consulta anterior, deberá indicar cuál es el temperamento aplicado por los asesores tutelares en la materia de consulta (art. 29, inc. 2º, aparts. d] y e]).

4. En el mismo orden se hará saber al GCBA que deberá informar, en el plazo de quince días, si en el marco de las competencias asignadas al Ministerio de Desarrollo Social, en cuya órbita funciona la Dirección General de Niñez y Adolescencia, se aplica alguna normativa que establezca criterios de interpretación en relación con el art. 27 de la ley 12 y/o cualquier otra instrucción interna con igual finalidad; en su caso deberá acompañarlos al responder este pedido. Para el supuesto de que se respondiera negativamente a la consulta anterior, deberá indicar si han debido adoptar algún temperamento en la materia de consulta y en qué casos. Por último, se solicita que informe todos los datos que obren en relación con los antecedentes de la resol. 55-GCABA/SSGAS/98.

5. Los informes requeridos, en todos los casos, deberán ser contestados en el plazo de quince días y se deberá dejar constancia de cuál es el registro del que proceden los datos suministrados o, en su caso, indicar cuál es la fuente de procedencia de la información aportada. La información requerida deberá alcanzar un período que en lo posible abarque, cuanto menos, los años 2006 a 2008.

6. Finalmente, a fin de no dilatar el trámite de las actuaciones de modo innecesario y para concentrar en una misma oportunidad las vistas y traslados que deben conferirse en autos, tales diligencias quedarán diferidas para el momento en que hayan sido contestados los informes requeridos o, en su caso, vencido los plazos otorgados al efecto.

Sin perjuicio de ello, por las razones ya expuestas orientadas a no demorar el trámite de autos, y toda vez que el señor Fiscal General en el dictamen de fs. 76/89 hace referencia a las constancias documentales del expediente judicial que aportó en autos, no corresponde exigir copias de traslado (art. 106, CCAyT), porque las partes podrán consultarlo en sede del Tribunal.

En consecuencia, por las razones dadas, corresponde librar los oficios pertinentes a fin de solicitar los informes detallados en los puntos 2.1 a 2.4 de esta resolución en las condiciones establecidas en el punto 5, así como intimar a las partes a suministrar la información requerida en los puntos 3 y 4, dentro del plazo allí previsto y con indicación de la fuente de la que proceden los datos que aporten. Así lo voto.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

Adhiero al voto del señor juez de trámite, doctor Luis F. Lozano, en cuanto ordena la prueba en los términos que allí se expresan, sin que ello importe abrir juicio sobre la atingencia final de la misma y la forma en que gravitará al momento de emitir mi voto.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Por regla, de acuerdo con la naturaleza y características de la acción declarativa de inconstitucionalidad prevista en el art. 113, inc. 2°, CCBA, no corresponde la producción de la prueba propuesta por el juez de trámite. Sin perjuicio de ello, no me opongo a su realización si el magistrado instructor lo considera necesario.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

En relación con la prueba que propone el señor juez de trámite considero que no corresponde su producción en el marco de la acción deducida.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Voy a oponerme a la realización de prueba con anticipación a la audiencia del debate por varias razones:

1. En primer lugar, resulta claro que, en principio, las acciones declarativas de inconstitucionalidad (como control abstracto) establecen tan sólo una comparación normativa entre reglas de diferente nivel institucional, una de las cuales decide sobre la validez de la otra, razón por la cual raramente, en todo caso en forma excepcionalísima, será necesario producir prueba, en el sentido en el cual la palabra prueba se utiliza para los procesos en los que se resuelven casos reales. A ello se refiere, según entiendo, el voto de la señora jueza Alicia Ruiz.

2. No comparto el criterio del señor juez de trámite, que considera necesaria la producción de prueba con anticipación a la audiencia. No creo que la comparación normativa deba ser efectuada bajo los cánones de la interpretación dominante o mayoritaria. Al respecto, estimo que la labor de los jueces en esta acción es, parcialmente, fijar las únicas interpretaciones posibles, sobre todo en relación con la norma común (*infraconstitucional*) impugnada. En relación a ello, no debe olvidarse el principio de presunción de validez que las normas comunes tienen por referencia a la autoridad que las emite, presunción que, extendida, abarca también a cualquier acto de autoridad competente.

3. En el mismo sentido, no deseo que, en principio, el modo en que funcionarios de mínima jerarquía ejercen sus atribuciones determine mi sentencia acerca de la inteligencia y la validez de la norma. Con un ejemplo absurdo: si la policía me

contesta que procede a privar de la libertad al menor por x tiempo, o que lo tortura, estimo que esa interpretación de la regla no puede condicionarme.

4. Por lo demás, el ejercicio de una atribución relativa a la incorporación de prueba con anterioridad al debate, no sólo no está previsto como facultad en la ley, sino que, además, incluso en el caso en que se considere admisible, su ejercicio debería ser excepcional porque, como también sucede en los procesos o casos concretos, ella, en el fondo, implica cierta toma de posición, incluso difusa, sobre el tema a decidir (temor de parcialidad). En todo caso, estaría dispuesto a admitir, en casos extraordinarios, la posibilidad de que los jueces que tienen que decidir requieran nuevos elementos de prueba, bajo condiciones materiales de excepción, pero, fundamentalmente, después del debate y como resultado de la deliberación de los jueces, deliberación que provocaría la reapertura del debate para incorporar el nuevo medio de prueba y para que las partes definan su posición después de la incorporación.

5. Calculo que me será difícil admitir prueba en este tipo de acciones, en el sentido material. *Obiter dictum*, me parece que ello es posible sólo para definir las palabras o términos que constituyen elementos de la norma cuando no son utilizados en sentido vulgar, sino en sentido técnico o científico, o como cuando, como ya sucedió en "Gigacable", expte. nº 4627/06, se trataba de observar la diferencia económica comparativa entre dos procedimientos técnicos con relación al principio de igualdad.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Librar* los oficios pertinentes a fin de solicitar los informes detallados en los puntos 2.1 a 2.4 de del voto del juez Lozano.

2º. *Ordenar* que se registre, se notifique y se cumpla.

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

CXLIII

"BANFI, ENRIQUE ROBERTO Y OTROS C/GCBA S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD"

ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD: Naturaleza. Caracteres. Norma de carácter general. PROCEDIMIENTO DE DOBLE LECTURA: Donación de monumentos o esculturas. Bien de dominio público.

SUMARIOS:

1. La acción declarativa de inconstitucionalidad prevista en el art. 113, inc. 2º, CCBA, tiene por único objeto impugnar la validez constitucional de las normas de

carácter general emanadas de las autoridades locales. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

2. A los efectos de la declaración de inconstitucionalidad de una disposición contenida en una ley local, no puede soslayarse que no toda expresión de voluntad emanada de la Legislatura de la Ciudad, aun cuando sea instrumentada por ley formal, es una "norma de carácter general". *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante ver voto del señor juez José O. Casás).*

3. No es una norma de alcance general aquella que se limita a disponer el emplazamiento de un monumento en la intersección de dos arterias de la Ciudad, pues la ubicación del monumento en un espacio público determinado —aun cuando represente una limitación *erga omnes* de la porción de acera pública necesaria para asentarlo— no establece una regla de conducta que se inserte en el ordenamiento cuyo supuesto de hecho pueda ser repetible indefinidamente en el futuro. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

4. El requisito de fundamentar el motivo por el cual una norma debe considerarse "de carácter general" constituye una carga inexcusable para lograr dar adecuado andamiento a la acción declarativa de inconstitucionalidad conforme los términos del art. 113, inc. 2º, CCBA. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante ver voto del señor juez José O. Casás).*

5. No es norma de carácter general aquella que presenta irrepetibilidad de su contenido, pues resulta particular en función de la ocasión (particularidad objetiva), y ello impide considerarla como objeto admisible de la impugnación declarativa directa que articula el art. 113, inc. 2º, CCBA. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

6. Sobre la base de un test que permita constatar la posibilidad de reiteración, en el futuro, de la hipótesis de hecho contenida en la norma, cabe verificar si ella no es general respecto de la ocasión, circunstancia que ocurre cuando su contenido y ámbito de validez témporo-espacial resultan claramente específicos, y la norma en crisis se agota en una sola aplicación. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

7. El carácter general de una norma resulta de que sus prescripciones sean aplicables a un universo de casos —más o menos amplio— y, en abstracto, a sujetos indeterminados, como interferencias intersubjetivas, ya que tal operatividad será consecuencia de la verificación concreta en el mundo fenomenológico de la realidad de los presupuestos de hecho, abstracta y generalmente definidos en las reglas que, una vez acaecidos, acarrearán consecuencias jurídicas. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

8. Para determinar la existencia de una norma de carácter general a los efectos de la acción declarativa de inconstitucionalidad debe explicarse, cuanto menos en forma somera, por qué la norma cuestionada prescribe una regla de conducta con vocación de permanencia susceptible de producir efectos jurídicos con alcance general o indeterminado. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

9. El procedimiento de doble lectura establecido por el art. 89, inc. 3º, CCBA, no está previsto para la aceptación de donaciones de "monumentos o esculturas", sino exclusivamente, para su emplazamiento", esto es, para determinar el lugar en que están situados, razón por la que la acción declarativa de inconstitucionalidad resulta parcialmente admisible, sólo en relación con el segmento de la norma

cuestionada que se refiere al emplazamiento de la arcada. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

10. Es inadmisible la acción declarativa de inconstitucionalidad respecto del incumplimiento del procedimiento de doble lectura (art. 89, inc. 3º, CCBA), que no está previsto para la aceptación de donaciones de "monumentos o esculturas" sino, exclusivamente, para su "emplazamiento", esto es, para determinar el lugar donde serán situados. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

11. Es norma de carácter general aquella que decide emplazar la arcada donada sobre una calle, pues importa una restricción sobre un bien del dominio público en los términos del art. 2340, inc. 7º, del Cód. Civil, cuyo destino natural, fijado por art. 2341, Cód. cit., y el Código de Planeamiento Urbano aprobado por la ley local 449, es el uso por la comunidad toda. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

12. Cabe admitir la acción declarativa de inconstitucionalidad de la norma que decide emplazar la arcada donada sobre una calle, pues la restricción afecta a un número indeterminado de personas —todos aquellos que circulen por la ella—, y también satisface el test de repetibilidad ya que la restricción se concreta cada vez que cualquier persona circule por ese lugar. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

13. La decisión de emplazar una arcada en la vía pública implica su sujeción al régimen jurídico del dominio público y, en consecuencia, su afectación permanente al uso público común, para ser admirada, contemplada, respetada, honrada o, simplemente, soportada, por un número indeterminado de personas y de manera indefinida, lo que denota la generalidad que exige el art. 113, inc. 2º, CCBA. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

14. Se encuentran cumplidos los requisitos establecidos por el art. 113, inc. 2º de la CCBA y el art. 17 de la LPTSJ frente a una norma dictada por las autoridades locales y de carácter general dado que regula el uso del espacio público. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. n° 5869/08 - 30/6/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Los señores Enrique Roberto Banfi; Norma M. Bubello; Rubén Alberto Schrott; Claudia María Ballestrín; Ana Lía Echaide; Beatriz J. Raúl; Isabel Aurora Healey; Carlos Alberto Basile; Isabel Adelina Baethgen; Alejandra Irma Basile; Noemí Soria; Jorge Luis Pía; Estela María Petrozzino; María Alejandra Perotti; Osvaldo Omar Gerez; María Estela Buiatti; Oscar Emilio Perotti; Adriana Leonor Martínez; Yanina Constanza Perotti; Victoria Georgina Perotti; Mauro Hernán Zabek; Viviana Bonin; José Marsullo; María Angélica Napoleón; Liliana H. Gros-

so; Alicia Fukelman; Ana Foos; Elba M. Argerich; Dorotea von Schwanebach; Alicia Carmen Acosta; Emöke Kolosváry-Kiss; Norma Beatriz Solá; Bruno Máscaro; Carmen Delfina Velásquez; Graciela del Patto; María Graciela Arellano; Claudia Patricia Suárez; Claudia Elizabeth Coronel; Silvia Noemí Pozzo; Marcela Chora; Marta Esther Amar; Mariano Rzepka; Miguel Landivar y Silvia Ripari, plantean a fs. 80/84 vta. la inconstitucionalidad y "nulidad" del art. 4º de la ley 2606 —en los términos de los arts. 113, inc. 2º, CCBA y 17 y concs. de la ley 402— en "cuanto acepta la donación de una arcada efectuada por la 'Asociación Unificación Pacífica China en Argentina' y su emplazamiento en la calle *Arribeños*, entre *Juramento y Mendoza";* por incumplir el procedimiento de doble lectura establecido por los arts. 89 y 90, CCBA.

2. A fs. 100/102, el señor Fiscal General emitió dictamen acerca de la admisibilidad de la acción y opinó que "la pretendida declaración de nulidad de la norma en cuestión debería haberse encausado, en todo caso, a través del control difuso de constitucionalidad ante los jueces de la jurisdicción pertinente, y no por esta vía de control abstracto".

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

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

2. Los accionantes impugnan el 4º de la ley 2606 en "cuanto acepta la donación de una arcada efectuada por la 'Asociación Unificación Pacífica China en Argentina' y su emplazamiento en la calle *Arribeños*, entre *Juramento y Mendoza*"; por incumplir el procedimiento de doble lectura establecido por los arts. 89 y 90, CCBA.

Por las razones que expondré *infra* la acción es admisible, pero sólo en relación al segmento de la norma cuestionada que se refiere al "emplazamiento" de la arcada de mención.

Ello es así en la medida de que el procedimiento de doble lectura aludido por los actores y exigido concretamente por el art. 89, inc. 3º, CCBA, no está previsto para la aceptación de donaciones de "monumentos o esculturas" sino, exclusivamente, para su "emplazamiento", esto es, para determinar el lugar donde serán situados.

3. Sentado lo anterior, considero que el segmento del art. 4º, ley 2606, referido al emplazamiento de la arcada aludida "en la calle Arribeños, entre Juramento y Mendoza" puede ser objeto de la acción prevista por el art. 113, inc. 2º, CCBA, en la medida de que, por un lado, se trata de una norma "emanada de autoridades de la Ciudad" —su Legislatura— y, por otro lado, porque es una ley, y tiene carácter general, conforme los criterios que he tenido oportunidad de explicitar en mis votos en los expedientes "Club Hípico Argentino c/GCBA s/acción declarativa de

inconstitucionalidad", expte. n° 3417/04, resolución del 22/12/2004, y "Cáttedra, Ricardo y otro c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 3570/04, resolución del 2/3/2005.

De una parte, la noción de generalidad de la norma se advierte a partir de que, la decisión de emplazar la arcada donada sobre una calle, importa una restricción sobre un bien del dominio público en los términos del art. 2340, inc. 7º, del Cód. Civil, cuyo destino natural, fijado por art. 2341, Cód. cit., y el Código de Planeamiento Urbano aprobado por la ley local 449, es el uso por la comunidad toda.

La restricción afecta a un número indeterminado de personas —todos aquellos que circulen por la calle Arribeños entre Juramento y Mendoza—, y también satisface el test de repetibilidad ya que la restricción se concreta cada vez que cualquier persona circule por el lugar aludido.

Visto desde otro ángulo, la decisión de emplazar la arcada en la vía pública implica también su sujeción al régimen jurídico del dominio público y, en consecuencia, su afectación permanente al uso público común, para ser admirada, contemplada, respetada, honrada o, simplemente, soportada, por un número indeterminado de personas y de manera indefinida, lo que denota, asimismo, la generalidad que exige el art. 113, inc. 2º, CCBA.

4. La disposición es atacada por razones de índole constitucional local y se funda en el incumplimiento del trámite de doble lectura establecido en los arts. 89, y 90 de la Constitución porteña, se satisfacen, de ese modo, las exigencias del art. 113, inc. 2º de la CCBA y de los arts. 17 y 19, inc. 2º, de la ley 402, y de la jurisprudencia del Tribunal (*in re*: "Massalín Particulares S.A. c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 31/99, resolución del 5/5/1999, *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, t. I, pp. 56 y ss., entre otros).

Cabe aquí consignar que todas las reflexiones que efectúan los actores en su escrito de demanda, atinentes a la conveniencia o inconveniencia del emplazamiento de la arcada en el lugar elegido, a los intereses económicos en juego, a la estructura edilicia del barrio, a las costumbres y hábitos de sus moradores, a los niveles de tránsito, la falta de lugares de estacionamiento, el intensivo acarreo de mercaderías por calles y veredas, la ocupación indebida del espacio público en aceras y calzadas, la carga y descarga fuera de los horarios habilitados, las condiciones ambientales, la cantidad y acumulación de basura, los "desagües cloacales que se tapan frecuentemente", "los malos olores", "la seguridad, salubridad, decoro y urbanidad", la indebida identificación del barrio con la cultura china, la presunta discriminación hacia los habitantes del barrio, la "afectación del patrimonio histórico y cultural de la ciudad", la desatención de los dictámenes de la Comisión Evaluadora de Obras de Arte en el Espacio Público (ley 738) y de los técnicos de la Universidad Tecnológica Nacional, etc., aun cuando pudieran tener, en alguna medida, una relación más o menos mediata con la omisión constitucional que se imputa en autos, resultan ajenas a la concreta cuestión constitucional que posibilita el andamiento de esta acción, esto es, el incumplimiento de la formalidad de la doble lectura determinada

en los arts. 89 y 90, de la CCBA, en relación con el segmento del art. 4º, ley 2606, que determina el emplazamiento de la arcada de marras.

5. Finalmente, la demanda se limita a requerir el dictado de una sentencia que declare la inconstitucionalidad y pérdida de vigencia de la norma cuestionada.

6. En consecuencia, por estos argumentos y con las limitaciones señaladas en el punto 2, párrafo segundo, y en el punto 4, párrafo segundo, de este voto, se debe declarar admisible la acción declarativa de inconstitucionalidad y correr el traslado de ley al señor Jefe de Gobierno, por el plazo y con los alcances señalados en el art. 21 de la ley 402.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. Desde sus primeros pronunciamientos, el Tribunal ha sostenido que la acción declarativa de inconstitucionalidad prevista en el art. 113, inc. 2º, CCBA, tiene por único objeto impugnar la validez constitucional de las normas de carácter general emanadas de las autoridades locales (doctrina del fallo dictado *in re* "Massalín Particulares S.A. c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 31/99, resolución del 5/5/1999, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, t. I, pp. 56 y ss.; y "Asociación de Médicos Municipales de la Ciudad de Buenos Aires c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 577/2000, sent. del 30/11/2000, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, t. II, pp. 426 y ss., entre otros).

Bajo esta óptica, la presentación efectuada por el señor Banfi y otros vecinos resulta insuficiente para habilitar el trámite de una acción declarativa de inconstitucionalidad como la regulada en el art. 113, inc. 2°, CCBA.

2. En efecto, si bien en la demanda se plantea la declaración de inconstitucionalidad de una disposición contenida en una ley local, no puede soslayarse que no toda expresión de voluntad emanada de la Legislatura de la Ciudad, aun cuando sea instrumentada por ley formal, es una "norma de carácter general". Sólo las leyes que contienen normas generales pueden ser cuestionadas por medio de la acción declarativa prevista en el art. 113, inc. 2°, CCBA (conf. mi voto en la causa 3417/04 "Club Hípico Argentino c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", resolución del 22/12/2004 y en la causa 5466/07, "Brusca, Vicente c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", resolución del 6/11/2007).

En particular, el artículo respecto del cual se pretende la declaración de inconstitucionalidad no es una norma de alcance general pues se limita a disponer el emplazamiento de un monumento en la intersección de dos arterias de la Ciudad. En principio y según criterio que ya he expuesto en los citados precedentes, la ubicación del monumento en un espacio público determinado —aun cuando represente una limitación *erga omnes* de la porción de acera pública necesaria para asentarlo— no establece una regla de conducta que se inserte en el ordenamiento cuyo supuesto de hecho pueda ser repetible indefinidamente en el futuro, características éstas que permiten inferir la presencia de una norma general.

Debo señalar que, precisamente en razón de la mencionada jurisprudencia del Tribunal, resultaba acentuada la necesidad, por parte de quienes accionan, de fundamentar el motivo por el cual el art. 4° de la ley 2606 debe considerarse una "norma de carácter general". En este sentido, no puede soslayarse que pese a que este recaudo constituye una carga inexcusable para lograr dar adecuado andamiento a la acción declarativa de inconstitucionalidad conforme los términos del art. 113, inc. 2º, CCBA (conf. voto del doctor José Casás, al que adherí, en la causa 4948/06, "Asociación Civil para la Defensa —en el ámbito federal e internacional— de Derechos s/acción declarativa de inconstitucionalidad", resolución de fecha 14/2/2007), el punto ni siquiera ha sido mencionado por los actores en su presentación.

Por estas consideraciones, voto por declarar inadmisible la acción interpuesta.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Anticipo mi opinión en el sentido de que la acción intentada resulta manifiestamente improcedente. De este modo, comparto el criterio expuesto en su dictamen por el señor Fiscal General.

2. En el marco de la reglamentación establecida por el art. 19, inc. 2º, de la ley 402 y por el art. 113, inc. 2º, CCBA, una norma criticada por la vía allí prevista debe revestir un estatus que haga posible predicar de ella: *a)* que constituye una norma; *b)* de carácter general; *c)* emanada de las autoridades de la Ciudad. El tercero de los recaudos citados se cumple claramente en el *subjudice*, puesto que la regla analizada integra una ley formal sancionada por la Legislatura de la CABA. No advierto, en cambio, que ése sea el caso respecto de las dos primeras exigencias mencionadas. Aunque resulte *prima facie* contraintuitivo por tratarse, precisamente, de una ley, considero primordial el examen del contenido que se ha visto plasmado a través de la manifestación jurídica de la autoridad estatal. Se trata de una ley modificatoria del Código de Planeamiento Urbano. Las disposiciones de esa ley, como lo señala el Fiscal General, no regulan conductas de los destinatarios normativos con las modalidades que resultan propias de una norma jurídica: la prohibición, la prescripción o el permiso de comportamientos determinados (por acción u omisión).

Desde esta perspectiva, y para el supuesto que plantea la demanda sometida a análisis, mi razonamiento se orienta en el sentido de representarme la ley formal 2606, al menos en el segmento cuestionado, como un acto administrativo que no permite tener por constatada la existencia de una norma de carácter general en el sentido requerido para su test de validez constitucional. No es ocioso enfatizar que toda pauta conducente a analizar el carácter (normativo general o administrativo) de una ley formal debe encararse caso por caso, y advierto que, en su presentación, los actores nada aportan para despejar estas dudas. De cualquier modo, es el carácter obligadamente general de la regla, según el remedio intentado, aquello que constituirá el primer fundamento de mi decisión.

3. En efecto, frente a la irrepetibilidad de su contenido, la disposición objetada resulta particular en función de la ocasión (particularidad objetiva), y ello impide considerarla como objeto admisible de la impugnación declarativa directa que articula el art. 113, inc. 2º, CCBA.

En esta materia, tempranamente, yo apelé a un test que permite constatar la posibilidad de reiteración, en el futuro, de la hipótesis de hecho contenida en la norma (conf. mi voto *in re* "Alegre Pavimentos SACICAFI c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 366/00, resolución del 15/5/2001 en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. III, pp. 221 y ss., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004). Al aplicar dicho test, se verifica que la norma involucrada en esta demanda no es general respecto de la ocasión, dado que su contenido y ámbito de validez témporo-espacial resultan claramente específicos, a saber: la aceptación por el GCBA de la donación de una arcada o arco votivo, donación efectuada por la entidad "Asociación Unificación Pacífica China en Argentina", como demostración de amistad y colaboración entre los pueblos chino y argentino, a los efectos de su emplazamiento en la calle Arribeños, entre Juramento y Mendoza (art. 4º de la ley local 2606).

De acuerdo con el concepto de "regla o norma de carácter general" que he expresado en pronunciamientos anteriores, por ejemplo en "Alegre Pavimentos", ya citado, y, más próximo en el tiempo, en "Pena de Biglia, Norma Nélida y otra c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 3223/04, resolución del 30/9/2004, parece evidente que el art. 4º de la ley 2606 escapa a esa caracterización, en razón de lo cual la impugnación formulada, según lo prevé la CCBA, art. 113, inc. 2º, no es subsumible en el cauce de la vía procesal que se intenta.

Cuando menos, creo que existirá coincidencia en cuanto a que la demanda no ha fundado el punto, esto es, se ha despreocupado por despejar las dudas que tal caracterización genera, aspecto que, en el caso, reviste especial importancia y constituye una primera necesidad si, como parece claro, *la norma en crisis se agota en una sola aplicación* o, como lo formula mi colega, la señora jueza Ana María Conde, el supuesto de hecho previsto en la disposición cuestionada no es repetible indefinidamente en el futuro, "aun cuando represente una limitación *erga omnes* de la porción de acera pública necesaria para asentarlo" (punto 2 de su meditado voto).

4. Por otra parte, los argumentos y razones con los cuales se pretende fundar esta acción abstracta de inconstitucionalidad no sólo distan de fijar supuestas lesiones constitucionales y de referirlas concretamente a aquello que fue impugnado —en este caso: al acto—, sino que, además, en lugar de auxiliar a la procedencia de esa acción, la perjudican. En efecto, todas las referencias a la fisonomía o estructura típica de la Ciudad de Buenos Aires, a la "apropiación" por ciertas comunidades de sectores o barrios, donde viven o instalan sus comercios, a los lugares de emplazamiento de otros monumentos para valorarlos y valorar el de aquel que los preocupa, y la descripción peyorativa del sector del barrio de la Ciudad en el cual se emplazará la donación, en comparación con su realidad histórica, revela muy claramente la ausencia de impugnaciones constitucionales, reemplazadas por sim-

ples preferencias políticas, que, a más de ser impertinentes al caso constitucional pretendidamente planteado, pueden interpretarse como manifestaciones hostiles e, incluso, discriminatorias.

5. El carácter particular de la disposición cuestionada y los defectos de fundamentación que he marcado resultan a mi juicio suficientes para rechazar la acción declarativa de inconstitucionalidad deducida.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

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

2. La norma impugnada fue dictada por las autoridades locales y es de carácter general dado que regula el uso del espacio público, por lo que se encuentran cumplidos los requisitos establecidos por el art. 113, inc. 2º de la CCBA y el art. 17 de la LPTSJ.

3. La disposición es atacada por razones de naturaleza constitucional local y nacional. Se satisface, de ese modo, otra de las exigencias del art. 113, inc. 2º de la CCBA y del art. 17 de la ley 402.

4. La demanda da cumplimiento también a la exigencia de fundamentación establecida en el art. 19, inc. 2º, de la LPTSJ y en la jurisprudencia del Tribunal (*Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. I, pp. 56 y ss., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, *in re* "Massalín Particulares S.A. c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 31/99, resolución del 5/5/99, entre otros). Los actores tachan de inconstitucional la norma porque el trámite de sanción de la misma, no habría cumplido con el procedimiento prescripto en el art. 89, inc. 3º de la CCBA.

Además, en el petitorio la actora se ciñe a requerir el dictado de una sentencia que declare la inconstitucionalidad y perdida de vigencia de las normas (fs. 47 vta.).

5. Por las razones expresadas, el Tribunal resulta competente para intervenir en el proceso y la demanda es admisible (art. 21, LPTSJ). Corresponde, por lo tanto, ordenar el traslado de la demanda en la forma y por el plazo establecido en el art. 21.

El juez José O. Casás dijo:

1. Tal como lo explica en su voto mi colega, la doctora Ana María Conde, la acción declarativa de inconstitucionalidad interpuesta no puede prosperar, toda vez que la parte actora no se ha ocupado de demostrar que el precepto legal por ella cuestionado constituya una norma de carácter general —exigencia contemplada como recaudo de admisibilidad formal para el andamiento de la vía en los arts. 113, inc. 2º, de la CCBA y 17 de la ley 402.

2. El art. 4º de la ley 2606 establece: "*Acéptase la donación de una arcada* al GCBA efectuada por la entidad 'Asociación Unificación Pacífica China en Ar-

gentina', como demostración de amistad y colaboración entre los pueblos chino y argentino. *La misma será emplazada en la calle Arribeños, entre Juramento y Mendoza*" (el destacado ha sido añadido).

3. Como he tenido oportunidad de señalar en diversos precedentes, el carácter general de una norma resultará de que sus prescripciones sean aplicables a un universo de casos —más o menos amplio— y, en abstracto, a sujetos indeterminados, como interferencias intersubjetivas, ya que tal operatividad será consecuencia de la verificación concreta en el mundo fenomenológico de la realidad de los presupuestos de hecho, abstracta y generalmente definidos en las reglas que, una vez acaecidos, acarrearán consecuencias jurídicas. Ello sin perjuicio de que, en algunos casos, se pueda por inferencias lógicas y reglas experimentales determinar de antemano los posibles sujetos abarcados, independientemente de que los preceptos no contengan acepción singular de personas (conf. punto 2 de mi voto en la causa "Doy, Miguel c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad y nulidad", expte. nº 52/99, sent. del 20/4/2001, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA] t. III, pp. 107 y ss., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004 y, en fecha más reciente, "Brusca, Vicente c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 5466 y su acumulado, "Epszteyn, Eduardo Ezequiel y otros c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 5467/07, sent. del 6/11/2007.

Es que, tal como lo sostiene en su voto la señora jueza Ana María Conde, si bien en la demanda se plantea la declaración de inconstitucionalidad de disposiciones contenidas en una ley local, no puede soslayarse que no toda expresión de voluntad emanada de la Legislatura de la Ciudad, aun cuando sea instrumentada por ley formal, es una "norma de carácter general". Sólo las leyes que contienen normas generales pueden ser cuestionadas por medio de la acción declarativa prevista en el art. 113, inc. 2°, CCBA (conf. su voto en la causa *"*Brusca*"*, ya citada).

4. Pues bien, de la lectura del segmento legal objetado se desprende la imposibilidad de constatar, sin más, que, a partir de su vigencia, el art. 4º de la ley 2606 —más allá de su contenido preceptivo— se encuentre llamado a producir una interferencia intersubjetiva generadora de consecuencias jurídicas con carácter general sobre un universo de destinatarios más o menos extenso. Dicho en palabras sencillas, entiendo que no se ha explicado, siquiera en forma somera, por qué la norma cuestionada prescribe una regla de conducta con vocación de permanencia susceptible de producir efectos jurídicos con alcance general o indeterminado. Todo ello si se tiene en cuenta que la persistencia de la norma debe darse en el campo prescriptivo interfiriendo conductas y no solamente en el terreno fáctico, como también podría ocurrir frente a un precepto legislativo que asigne un nuevo nombre a una calle o avenida.

Desde esta perspectiva, ante la omisión en que ha incurrido la parte interesada —quien directamente no se ha ocupado de abordar esta cuestión—, parece difícil visualizar en esta ocasión que la aceptación de la donación de la arcada y su posterior emplazamiento en determinado lugar del espacio público conlleve la

posibilidad de reiteración a futuro de la hipótesis de hecho contenida en la norma (ver mi voto en el precedente "Doy", ya citado).

En suma, la pretendida generalidad de la norma no puede corroborarse a la luz de una indeterminación en ocasión de su aplicación, toda vez que, al menos en los términos en que se encuentra enunciado el precepto, su interferencia en el plano de la realidad se agotaría con el sólo cumplimiento de la manda legal allí establecida, sin que los accionantes hayan brindado concretos argumentos orientados a demostrar lo contrario.

Por las consideraciones expuestas, entiendo que, en lo términos en que ha sido planteada, la presente acción declarativa de inconstitucionalidad es formalmente inadmisible.

Así lo voto.

Por ello, por mayoría, y concordantemente con lo dictaminado por el señor Fiscal General,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* inadmisible la acción de inconstitucionalidad planteada a fs. 80/84 vta. contra el GCBA.

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

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

CXLIV

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'BARGIELA, JUAN CARLOS C/GCBA S/OTRAS DEMANDAS C/LA AUT. ADMINISTRATIVA'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Sentencia definitiva. Gravamen irreparable.

SUMARIOS:

1. Cabe rechazar el recurso de queja frente al rechazo de la excepción de prescripción que no genera un agravio directamente impugnable en este estado del proceso por la vía del recurso de inconstitucionalidad, en tanto no se trata de la sentencia definitiva que agote la cuestión litigiosa en las instancias de grado. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces Julio B. J. Maier y Ana María Conde. En sentido concordante ver voto de los señores jueces José O. Casás y Alicia E. C. Ruiz).*

2. A los efectos del recurso de queja debe acreditarse por qué un pronunciamiento que no reviste el carácter de sentencia definitiva provocaría un perjuicio de imposible o insuficiente reparación ulterior. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces Julio B. J. Maier y Ana María Conde. En sentido concordante ver voto de los señores jueces José O. Casás y Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 5593/07 - 30/6/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Juan Carlos Bargiela, titular de la explotación comercial de estación de servicio y venta de combustibles y derivados "Esso SS los Incas" en calidad de comitente de la firma Esso Petrolera S.R.L., promovió una demanda contra el GCBA (en adelante GCBA) dirigida a: *a)* obtener el reintegro de sumas retenidas incorrectamente que fueran reconocidas por la Dirección General de Rentas (en adelante DGR); *b)* la modificación de la base imponible en relación con las retenciones efectuadas sobre sumas que no constituyen ingresos del actor; *c)* la declaración de la inconstitucionalidad de las normas en que se apoya la demandada (fs. 72/78 vta.). Explicó que según las condiciones de operación y modalidad del contrato que la une con la empresa petrolera, obtiene una comisión por metro cúbico de venta, que se corresponde con el 7 % de la venta total de los productos que comercializa por orden y cuenta de esa firma. Precisó que aunque su obligación tributaria es del 4,9 % sobre su real ganancia, en el sistema electrónico de venta con tarjetas de crédito o débito —que estimó en el 70 % del total de sus operaciones de venta—, el agente de retención aplica un porcentaje, que a la fecha de demanda era del 2,5 % sobre el total de la venta, y no sólo sobre la comisión (que no puede discriminarse). Esa situación ocasionó que se genere un saldo constante a su favor por exceder de lo que debe tributar realmente en concepto de ingresos brutos.

El GCBA planteó las excepciones de inhabilitación de la instancia judicial y de prescripción de las obligaciones correspondientes al período diciembre de 1995 a diciembre de 1998 (fs. 30/37 vta.). El actor respondió el traslado y solicitó su rechazo (fs. 38/44 vta.).

El juez de primera instancia resolvió "Rechazar las excepciones de inhabilitación de la instancia y prescripción interpuestas por la demandada a fs. 199/200, con costas" (fs. 2/2 vta.).

En los fundamentos de la sentencia consideró en cuanto a la habilitación de la instancia tres posibilidades: *a)* que la demandada tuviera por objeto un reclamo de repetición, que necesariamente debía efectuarse previamente ante la Administración de acuerdo a la legislación vigente; estimando el juez que se había cumplido dicho recaudo y que se constataba la denegatoria por silencio; *b)* que se considerase que es una demanda por cobro de dinero; supuesto en que no era preciso el agotamiento

de la instancia administrativa por vía de reclamo; y *c)* que hubiera dudas respecto del objeto de la acción; en tal caso entendió aplicable el principio *in dubio pro actione*, con fuente en el art. 12, inc. 6°, CCBA.

En relación con la prescripción el juez sostuvo que el plazo se encontró suspendido de acuerdo con el art. 22, inc. e), apart. 9° *in fine* de la LPA, desde la presentación del actor ante la DGR de fecha 25/11/1998 (C.I. 77.530/1998) por la que solicitó la verificación del estado de deuda y requirió un certificado de no retención (que le permitiría aplicar el saldo a favor a posiciones futuras) ya que esa presentación se vincula con los reclamos posteriores (C.I. 50.976/2004 y 50.645/04) y con las pretensiones de la demanda, demostrando que "el actor ha iniciado y mantenido sin interrupción un procedimiento administrativo ante las autoridades competentes desde 1998 y hasta 2004, en cuyo transcurso la prescripción quedó en suspenso". Además, señaló que la norma de la LPA citada "armoniza adecuadamente con el art. 62, C.F. 2004, en cuanto requiere el reclamo administrativo previo".

2. El GCBA apeló la sentencia (fs. 45) y expresó agravios (fs. 46/55 vta.). El actor contestó el memorial y requirió el rechazo de la apelación (fs. 79/86 vta.). La Sala II de la Cámara de Apelaciones rechazó el recurso con argumentos coincidentes con los del fallo recurrido (fs. 3 y vta.).

3. El GCBA planteó el recurso de inconstitucionalidad sólo en relación con su planteo de prescripción (fs. 5/18) que, previa contestación por el actor (fs. 19/26), fue denegado por la Sala (fs. 27/28 vta.). El tribunal sostuvo que "el decisorio recurrido es un interlocutorio que confirmó el rechazo de excepciones opuestas. El mismo no pone fin al pleito ni resuelve la cuestión de fondo. Como tal no encuadra en la configuración de sentencia definitiva ni puede ser equiparable a tal. El recurso se circunscribe tan solo a la de prescripción. La sentencia que la rechaza, no reviste la calidad de final, pues está sometida a una resolución ulterior que puede disipar el agravio que de ella se deriva". Agregó que "[e]l decisorio recurrido evaluó y estableció la interpretación asignada a cuestiones de hecho y a la normativa local que las rige. Tal tarea fue producto del análisis de las constancias de la causa, de los planteos y defensas articuladas y desarrolladas y lo resuelto se presenta como fundado. Los argumentos de la recurrente no modifican tales conclusiones, por más que incluyan la cita de normas constitucionales. Y ello es así, en tanto no se llega a la construcción de un efectivo caso constitucional y donde tal mención aparece como genérica e insuficiente para sostener el recurso intentado. Es decir, que los agravios vertidos por la demandada, sólo importan disentir y una mera disconformidad con la inteligencia asignada a disposiciones de derecho público local de naturaleza infraconstitucional".

4. Contra esa decisión el GCBA interpuso la queja que tramita en autos (fs. 57/67 vta.).

Requerido su dictamen, el señor Fiscal General Adjunto propicia el rechazo de la queja por no cuestionarse mediante el recurso de inconstitucionalidad una sentencia definitiva ni equiparable a tal (fs. 95/97).

FUNDAMENTOS:

El juez LUIS F. LOZANO dijo:

1. La queja planteada por el GCBA no puede prosperar. La resolución respecto de la cuestión debatida (rechazo de la excepción de prescripción de la obligación reclamada en relación a ciertos períodos adeudados) no genera un agravio directamente impugnable en este estado del proceso por la vía del recurso de inconstitucionalidad, en tanto no se trata de la sentencia definitiva que agote la cuestión litigiosa en las instancias de grado. Al respecto resulta aplicable *mutatis mutandi* al recurso previsto por el art. 113, inc. 3°, CCBA, la doctrina de la CSJN que, refiriéndose a cuestiones susceptibles de abordaje por medio del recurso extraordinario, señala que, en su caso, "[l]as cuestiones federales resueltas por autos no definitivos, durante la tramitación del litigio, son susceptibles de conocimiento por la Corte en ocasión del recurso extraordinario que quepa deducir contra la sentencia final de la causa". (CSJN, *Fallos,* 303,1040; 305,1745, entre otros). El GCBA no justifica apartarse de esta regla pues omite acreditar por qué el pronunciamiento impugnado le provocaría un perjuicio de imposible o insuficiente reparación ulterior. Frente al modo en que los jueces interpretaron la pretensión de autos (v. punto 1, párrafo cuarto, de los 'resulta' de este pronunciamiento), la mera referencia a las demoras que provocará la sustanciación del pleito carece de aptitud para cumplir con la exigencia antes aludida; finalidad que tampoco satisface la cita de jurisprudencia cuya vinculación con el caso no resulta evidente ni viene explicada por la recurrente.

Por lo expresado en los puntos precedentes, y lo concordantemente dictaminado por el señor Fiscal General Adjunto, la queja debe ser rechazada.

Los jueces JULIO B. J. MAIER y ANA MARÍA CONDE dijeron:

Adherimos al voto de nuestro colega, el juez Luis F. Lozano.

El juez JOSÉ O. CASÁS dijo:

1. Adhiero a los fundamentos brindados en su voto por mi colega, el doctor Luis F. Lozano, en tanto propicia en el caso rechazar la queja interpuesta por el GCBA.

Ello así, ya que el recurso de inconstitucionalidad como la queja que lo sostiene ante este estrado se dirigen contra una decisión que no reviste el carácter de sentencia definitiva exigido por el art. 27 de la ley 402.

En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido desde antiguo que, por regla general, los pronunciamientos anteriores a la sentencia definitiva no son equiparables a ella, por existir la posibilidad de que una decisión posterior haga innecesaria la intervención del Máximo Tribunal. Así lo ha dejado expresado respecto de las resoluciones que no hacen lugar a la prescripción de la acción (conf. *Fallos,* 159:185, 233; 160:52, 180:310; 217:904; 279:16; 293:193; 298:113; 303:740; 316:1993, entre muchos otros). Por lo demás, tiene dicho el Tribunal cimero que si bien no tienen calidad de definitivas aquellas decisiones

recaídas en un proceso que tiene pendiente un pronunciamiento posterior que pueda disipar el agravio que de ellas se derive, ellas, de todos modos, devienen tales cuando la sentencia propiamente definitiva del juicio no lo repara, pudiendo habilitarse la vía, de corresponder, si subsistiera el gravamen.

2. La circunstancia apuntada precedentemente determina la improcedencia formal del recurso de hecho por ausencia de un presupuesto esencial para su admisibilidad ya que el mismo ha sido interpuesto contra una decisión que no constituye una sentencia definitiva y no se ha demostrado que corresponda equipararla a tal, toda vez que la recurrente solamente se limita a efectuar invocaciones genéricas (v. punto IV. 1 del escrito de interposición del recurso), tales como: "Serán seguramente años de proceso, donde el GCBA destinaría fondos públicos para sustentar una acción, a la que no procedería darle trámite..." (conf. fs. 62) que no resultan suficientes para acreditar que el decisorio atacado le genere un agravio de imposible o insuficiente reparación ulterior (v. mi voto en las causas caratuladas "Playas Subterráneas S.A. c/GCBA s/impugnación de actos administrativos", expte. n° 860/01, sent. del 9/4/2001, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, t. III, pp. 83 y ss., y "Unión de Trabajadores de la Educación (UTE) c/GCBA s/medida cautelar s/recurso de apelación ordinario concedido", expte. n° 2593/03, sent. del 21/4/2004, entre otros).

Por lo que llevo expuesto, lo sostenido por el señor juez de trámite en su voto y lo concordantemente dictaminado por el señor Fiscal General Adjunto, entiendo que el recurso de inconstitucionalidad fue correctamente denegado por la Cámara y la queja debe ser rechazada.

Así lo voto.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. La queja obrante a fs. 57/67 vta. cumple con sus correspondientes requisitos de tiempo y forma. Sin embargo, no puede prosperar.

2. La Cámara declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA contra la resolución de la Sala II que confirmó el rechazo de la excepción previa de prescripción opuesta por el demandado.

Los magistrados expresaron: *i)* que la sentencia atacada no era definitiva ni podía equipararse a tal, *ii)* que no se encontraba planteado un caso constitucional, y *iii)* que la decisión impugnada no podía calificarse como arbitraria.

3. De los fundamentos del auto denegatorio que fueran motivo de crítica del quejoso, consideraré inicialmente el vinculado a la inexistencia de sentencia definitiva o equiparable, por cuanto la ausencia de dicho recaudo de admisibilidad formal define el rechazo por el Tribunal del recurso intentado por el Gobierno.

Los jueces señalaron con acierto (fs. 27 vta.) que "(...) el decisorio recurrido es un interlocutorio que confirmó el rechazo de excepciones opuestas. El mismo no pone fin al pleito ni resuelve la cuestión de fondo. Como tal no encuadra en la configuración de sentencia definitiva ni puede ser equiparable a tal. El recurso

se circunscribe tan solo *(sic)* a la de prescripción. La sentencia que la rechaza, no reviste la calidad de final, pues está sometida a una resolución ulterior que puede disipar el agravio que de ella se deriva (CSJN, *Fallos,* 296:76, *LL,* 1976-D-252- y 303:740, entre otros) (conf. esta Sala, expte. nº QAD-2 'Administración General de Puertos (AGP) c/GCBA (DGR) s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR')".

Para fundar la equiparación que pretende, el quejoso argumenta que la resolución de la Cámara le causa un gravamen irreparable. Manifiesta, pues, que el pronunciamiento cuestionado cierra en forma definitiva para el Gobierno todo debate en torno a la prescripción.

Es comprensible que el GCBA interpusiera recurso de inconstitucionalidad contra el rechazo de la excepción prevista en el art. 282, inc. 2º del CCAyT, para evitar consentir la decisión de la Sala II. Sin embargo, la presentación del Fisco es prematura dado que el Gobierno podrá plantear sus agravios ante el Tribunal una vez dictada la sentencia final en la causa. Ello, siempre que aquéllos subsistan y se fundamenten y en tanto se cumplan con todos los recaudos previstos en el art. 27 de la ley 402.

En efecto, la sentencia de fondo a dictarse por la Cámara podría hacer desaparecer los agravios ahora traídos por el recurrente. Por lo tanto, el criterio propiciado en el párrafo anterior asegura la intervención útil del Tribunal en el proceso y se impone, también, por razones de economía procesal.

En lo que resta del capítulo IV.1) del escrito en examen, el accionado transcribe fallos dictados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y por el Tribunal pero no indica cuáles son las similitudes entre tales antecedentes y los hechos de este caso ni por qué dicha jurisprudencia debería ser aplicada en estos autos.

En síntesis, la Ciudad no demuestra la existencia de un gravamen de imposible reparación ulterior que permitiera asimilar la resolución recurrida a una sentencia definitiva.

4. Por lo expuesto, voto por rechazar la queja que luce a fs. 57/67 vta.

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja planteado por el GCBA.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita el expediente a la Sala interviniente para que sea agregado a los autos principales.

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

CXLV

"PALMERIO, CLAUDIO DANIEL S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'PALMERIO, CLAUDIO DANIEL C/GCBA S/REVISIÓN CESANTÍAS O EXONERACIONES DE EMPL. PÚBL.'" Y SU ACUMULADO EXPTE. Nº 5492/07 "FIGUEIRA, JOSÉ S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'FIGUEIRA, JOSÉ C/GCBAS/REVISIÓN CESANTÍAS O EXONERACIONES DE EMPL. PÚBL.'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Cuestión federal. Requisitos. Acordada 4/07, CSJN. Interpretación del derecho público local. Cuestión de hecho y de derecho procesal. Arbitrariedad de sentencia.

SUMARIOS:

1. Cabe declarar inadmisible el recurso extraordinario que no logra demostrar la existencia de una cuestión federal que permita acceder a los estrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhiere el señor juez Julio B. J. Maier).*

2. Cabe declarar inadmisible el recurso extraordinario federal cuando no se cumplen eficientemente con todos los requisitos que hacen a su admisibilidad conforme lo establecido por la Acordada 4/07 de la CSJN. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhiere el señor juez Julio B. J. Maier).*

3. 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, dado que ponderar si se encuentran reunidos los requisitos de admisibilidad de un recurso local constituye una cuestión de hecho y de derecho procesal, salvo que medie un apartamiento de las constancias del juicio o cuando el examen de aquellos requisitos se efectúa con un injustificado rigor formal que afecta la garantía de la defensa en juicio. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhiere el señor juez Julio B. J. Maier. En sentido concordante ver voto del señor juez Luis F. Lozano).*

4. Cuando la normativa puesta en juego para resolver la causa constituye, más allá de su acierto o error, aplicación e interpretación de reglas de derecho público local, queda excluida de la materia propia del recurso extraordinario federal. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhiere el señor juez Julio B. J. Maier).*

5. Atento el carácter excepcional de la jurisdicción extraordinaria, es necesario que la norma federal invocada se vincule de manera estrecha con la materia del litigio, en forma tal que su dilucidación sea indispensable para la decisión del juicio. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhiere el señor juez Julio B. J. Maier).*

6. La disconformidad con la interpretación de los hechos y las normas locales en juego y con la valoración de la prueba aportada en la causa que constituyen el fundamento del decisorio, sin lograr demostrar cuáles serían sus vicios lógicos o argumentativos o de qué forma la sentencia quedaría descalificada como acto judi-

cial, es insuficiente para admitir el recurso extraordinario federal. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhiere el señor juez Julio B. J. Maier).*

7. No cabe expedirse al Tribunal sobre la tacha de arbitrariedad a cuya autoría se la atribuye. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

8. No cabe admitir el recurso extraordinario federal cuando remite a cuestiones de hecho, prueba y derecho común sin que se logre conectar esas cuestiones con una cuestión constitucional de raigambre federal. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

9. Corresponde admitir el recurso extraordinario federal cuando las cuestiones centradas en la vulneración de la cosa juzgada, del derecho de defensa en juicio y del derecho de propiedad tienen suficiente envergadura para configurar una cuestión federal, y ellas fueron introducidas como eje central de los fundamentos de la pretensión y mantenidas a lo largo de todo el proceso. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. n° 5481/07 - 2/7/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

Los señores José Figueira y Claudio Daniel Palmerio plantean recurso extraordinario federal (fs. 157/176 y 178/190 respectivamente) contra la decisión de fecha 23/4/2008 (fs. 141/153) por la que el Tribunal decidiera desestimar las quejas articuladas oportunamente.

Los recursos son contestados por el GCBA, que solicita su rechazo (fs. 193/202 y 203/212 respectivamente).

FUNDAMENTOS:

La jueza Ana María Conde dijo:

Atento a que los recursos planteados por los señores Figueira y Palmerio son sustancialmente análogos (lo que surge de la simple confrontación de ambos escritos), procederé a tratar los dos recursos en un único desarrollo.

1. Los recursos fueron interpuestos en tiempo y forma. Sin embargo, no pueden prosperar toda vez que no se ha logrado demostrar la existencia de una cuestión federal que permita acceder a los estrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Además los recurrentes no han cumplido eficientemente con todos los requisitos que hacen a la admisibilidad del recurso extraordinario conforme lo establecido por la Acordada 4/07 de la CSJN, lo que bastaría por sí solo para desestimarlos.

En esa inteligencia, advierto que los escritos bajo análisis no satisfacen el estándar mínimo prefijado por su Acordada, pues se incurre en "reiteraciones" innecesarias (art. 3º), todas sus páginas sobrepasan los veintiséis (26) renglones reglamentarios, no se refutan "todos y cada uno de los fundamentos independientes que den sustento a la decisión apelada" (art. 3.d); y no se invoca, ni demuestra "que media una relación directa e inmediata entre las normas federales invocadas y lo debatido y resuelto en el caso" (art. 3.e).

2. En primer lugar, corresponde aplicar la reiterada doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, según la cual las decisiones por las cuales los tribunales locales declaran la improcedencia de los recursos de orden local que se interponen ante ellos, en principio, no son revisables en la instancia extraordinaria (conf. *Fallos,* 299:268; 302:1040; 307:819; 311:101, entre muchos otros; y TSJBA, causa 2184/03, "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado" en: 'Hernández, Leonardo Javier c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", resolución del 13/8/2003), dado que ponderar si se encuentran reunidos los requisitos de admisibilidad de un recurso local constituye una cuestión de hecho y de derecho procesal.

Tal doctrina admite excepción cuando media un apartamiento de las constancias del juicio o cuando el examen de aquellos requisitos se efectúa con un injustificado rigor formal que afecta la garantía de la defensa en juicio, pero ello no ocurre en el presente caso.

En efecto, los recurrentes insisten con los mismos planteos deducidos anteriormente, pero no refutan los fundamentos que sustentan la decisión recurrida, ni desarrollan sus agravios de manera eficiente y con la argumentación seria y fundada que un recurso de esta naturaleza requiere.

3. Por otra parte, la normativa puesta en juego para resolver la causa constituye, más allá de su acierto o error, aplicación e interpretación de reglas de derecho público local, por lo que queda excluida de la materia propia del recurso extraordinario federal.

Como puede advertirse, el caso trata aspectos de la relación de empleo público que ligó a los actores con la Ciudad de Buenos Aires. La decisión que los recurrentes requieren de la Corte federal exigiría del Alto Tribunal la consideración de normas de derecho local relativas al empleo público, es decir, se pretende que la Corte sustituya a los jueces de grado en la interpretación del derecho local y común (infraconstitucional). Al respecto, la Corte Suprema ha dicho en numerosas ocasiones que las relaciones entre empleados públicos locales y el gobierno del que dependen se rigen por las respectivas disposiciones de orden local, que constituyen el derecho administrativo aplicable, de modo que la interpretación y vigencia en el caso de las normas respectivas es privativa de sus tribunales (conf. *Fallos,* 298:452; 303:801; 304:1345; 305:194, 447, 465; 308:1922).

Como bien señala el GCBA al contestar los traslados de ambos recursos, "se pretende que se revise el grado de una sanción que ya fue motivo de estudio y decisión en anterior instancia" (fs. 193 vta. y 203 vta.).

En síntesis, la parte recurrente no percibe que esta no es una nueva oportunidad para reeditar argumentos analizados y descartados por este Tribunal, sino para cuestionar y refutar los ejes argumentales de la sentencia que ataca, cuestión que no logra realizar con debida seriedad.

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

Atento el carácter excepcional de la jurisdicción extraordinaria, es necesario que la norma federal invocada se vincule de manera estrecha con la materia del litigio, en forma tal que su dilucidación sea indispensable para la decisión del juicio. En el caso, los recurrentes mencionan normas constitucionales presuntamente afectadas, pero no las vinculan argumentativamente con la cuestión debatida, ni controvierten los fundamentos de la sentencia sobre esa base.

La Corte Suprema ha establecido que la sola mención de preceptos no basta para abrir la vía extraordinaria (doctrina de *Fallos,* 165:62; 181:290; 266:135; 310:2306; y muchos otros) y que la relación directa que la ley exige existe sólo cuando la solución de la causa requiere necesariamente la interpretación del precepto constitucional aducido (*Fallos,* 187:624; 248:129, 828; 268.2479). De otro modo, la jurisdicción de la Corte Suprema sería indebidamente privada de todo límite, pues no hay derecho que en definitiva no tenga raíz y fundamento en la Constitución Nacional, aunque esté directa e inmediatamente regido por el derecho no federal (*Fallos,* 295:335; 310:2306).

5. En cuanto a la invocación de la arbitrariedad de la sentencia, hay que destacar que ese motivo, desarrollado por la Corte Suprema a partir de *Fallos,* 184:137 es estricto, pues atiende a cubrir casos de carácter excepcional (*Fallos,* 312:246, 389, 608, entre otros)

En el caso, los recurrentes insisten en que el TSJBA, "no meritúo prueba aportada" (fs. 168 y fs. 183). El señor Figueira sostiene que la resolución que rechazó su recurso de queja "convalida una decisión con grave afectación del derecho de defensa en juicio, del debido proceso, del derecho de propiedad, de la seguridad jurídica y del respeto a la división de poderes, al rechazar la defensa de Cosa Juzgada" (fs. 161), y el señor Palmerio entiende que la sanción de cesantía que se le impuso "resulta excesiva, irrazonable, ilegítima, inequitativa y violatoria de garantías constitucionales" (fs. 181 vta.).

Una vez más, ambos recurrentes sólo logran traducir su disconformidad con la interpretación de los hechos y las normas locales en juego y con la valoración de la prueba aportada en la causa que constituyen el fundamento del decisorio, sin lograr demostrar cuáles serían sus vicios lógicos o argumentativos o de qué forma

la sentencia quedaría descalificada como acto judicial. En rigor, la impugnación articulada sólo pone de manifiesto su desacuerdo con lo decidido sin advertir que "la tacha de arbitrariedad 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 y otros)".

6. Por los motivos expuestos, los recursos extraordinarios intentados no pueden prosperar. Las costas se imponen a los vencidos, por aplicación del principio objetivo de la derrota y por no mediar, en esta ocasión, circunstancias que justifiquen apartarse de él (art. 68, CPCCN).

El juez Julio B. J. Maier dijo:

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

El juez Luis F. Lozano dijo:

Coincido con la doctora Conde en que los recursos extraordinarios deducidos por los señores Figueira y Palmerio no pueden prosperar. Según explica la señora jueza de trámite la sent. del 23/4/2008 recurrida no es una que resuelva la materia controvertida sino que se limita a establecer la inadmisibilidad de unos recursos locales, por lo que no es la definitiva. A su vez, las mismas razones que llevaron a declarar las mencionadas inadmisibilidades de los recursos de inconstitucionalidad articulados contra las sentencias definitivas, pronunciada por la Cámara, y rechazar, en consecuencia, las quejas deducidas por los actores —ausencia de una cuestión constitucional controvertida en las presentes causas o, en lo que hoy importa, una federal— determinan denegar los mencionados recursos federales interpuestos a fs. 157/176 vta. y 178/202.

Con relación a la tacha de arbitrariedad, tal como lo he señalado en numerosas oportunidades, no cabe expedirse al Tribunal a cuya autoría se la atribuye. Costas a los vencidos (conf. art. 68 del CPCCN).

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. Los recursos extraordinarios han sido interpuestos en legal tiempo y forma, y en lo sustancial cumplen con la Acordada CSJN, 4/07. Sin embargo, la solución que propicio difiere en cada uno de ellos.

2. En lo que respecta a la impugnación deducida por el señor Palmerio, entiendo que su recurso remite a cuestiones de hecho, prueba y derecho común sin que el recurrente logre conectar esas cuestiones con una cuestión constitucional de raigambre federal. En efecto, los principios y normas constitucionales que invoca, por ejemplo el derecho a la igualdad, están enunciados de manera vaga y desprovistos de todo contexto predicable al *sub lite.* Habré de considerar inoficioso este recurso.

3. Distinta situación presenta el recurso extraordinario federal interpuesto por el señor Figueira. Las cuestiones centradas en lo que él define como la vulneración

de la cosa juzgada, de su derecho de defensa en juicio y de su derecho de propiedad tienen suficiente envergadura para configurar una cuestión federal. El actor introdujo esos tópicos como eje central de los fundamentos de su pretensión y los mantuvo a lo largo de todo el proceso. Tienen relación directa e inmediata con los derechos en juego y resultan dirimentes para la solución del pleito.

Por lo expuesto, voto por: *a)* desestimar por inoficioso el recurso extraordinario federal interpuesto por el señor Claudio Daniel Palmerio; *b)* conceder el recurso extraordinario federal deducido por el señor José Figueira.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* los recursos extraordinarios federales interpuestos por los señores José Figueira y Claudio Daniel Palmerio, con costas.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique, se agregue copia de esta sentencia en los autos "Figueira, José c/GCBA s/revisión cesantías o exoneraciones de empl. públ." y, oportunamente, se devuelva como está ordenado a fs.153.

El juez José O. Casás no suscribe la resolución por estar en uso de licencia.

Fdo.: *Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier.*

CXLVI

"VASCELLO, LEANDRO JORGE S/QUEJA POR RETARDO, PRIVACIÓN O DENEGACIÓN DE JUSTICIA EN 'VASCELLO, LEANDRO JORGE C/GCBA Y O. S/AMPARO'"

RECURSO DE QUEJA POR RETARDO, PRIVACIÓN O DENEGACIÓN DE JUSTICIA: Archivo de actuaciones.

Expte. n° 5998/08 - 2/7/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

El día 23/6/2008, el doctor Leandro Jorge Vascello denunció ante el Tribunal el retardo y denegación de justicia en que habría incurrido la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, al haber vencido el

plazo dentro del cual la Sala debió resolver el recurso de inconstitucionalidad que él interpuso en el expediente principal (fs. 1/2).

La jueza de trámite requirió al tribunal que informe sobre los hechos denunciados. En su respuesta del 25/6/2008, el magistrado a cargo de la Sala, informó que el "23/6/2008 se resolvió no conceder el recurso de inconstitucionalidad interpuesto oportunamente por la parte actora" (fs. 9). Al efecto acompañó copia certificada de la resolución (fs. 7/8).

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

La sentencia dictada el 23/6/2008 por la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario dejó sin objeto la queja por retardo y denegación de justicia presentada ante el Tribunal [conf. TSJBA *in re* "GCBA s/queja por retardo de justicia en 'Asociación Civil Golf Club Lagos de Palermo c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 2554/03, resolución del 9/10/2003; "De Santo, Josefa Rosa y otros s/queja por retardo, privación o denegación de justicia en 'De Santo, Josefa Rosa y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 2897/04, resolución del 17/3/2004; "Anapios, Ernesto s/queja por retardo, privación o denegación de justicia en 'Anapios, Ernesto c/Consejo Profesional de Ciencias Económicas s/recurso de apelación c/resoluciones disciplinarias (art. 34 y DT: 3.A ley 466)'", expte. nº 3343/04, resolución del 20/10/2004, entre otros y "Sindicato Único de Trabajadores de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por retardo, privación o denegación de justicia en 'Sindicato Único de Trabajadores de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 5773/08, resolución del 27/2/2008].

Sólo corresponde dar por terminada la actuación del Tribunal, ordenar el archivo de la queja, hacerlo saber a la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, con copia de esta resolución.

Así lo voto.

Los jueces LUIS F. LOZANO, JULIO B. J. MAIER y ALICIA E. C. RUIZ dijeron:

Adherimos al voto de la jueza Ana María Conde.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Archivar* las actuaciones.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y se comunique a la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, con copia de esta resolución.

El juez José O. Casás no firma por estar con licencia.

Fdo.: *Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier.*

CXLVII

"ROJT, JULIO M. Y OTRO S/QUEJA POR RETARDO, PRIVACIÓN O DENEGACIÓN DE JUSTICIA EN 'ROJT, JULIO M. Y OTROS C/CONSEJO PROFESIONAL DE CIENCIAS ECONÓMICAS S/REC. APEL. C/RES. DISCIP. CONSJ. PROF. C. E. (ART. 34 Y DT 3A. LEY)'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Causa contenciosa

SUMARIOS:

1. Si no hay técnicamente un caso o causa de carácter contencioso (arts. 2º y 4º de la ley 27 y art. 14, ley 48), es decir una cuestión cuyo objeto sea un conflicto acerca de la existencia y alcance de un derecho subjetivo o de incidencia colectiva, ni es un incidente en una causa, la resolución adoptada en el marco de un recurso por privación, denegación o retardo de justicia no es susceptible de ser atacada mediante el recurso extraordinario federal. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces Julio B. J. Maier y Ana María Conde).*

2. Si no se agotó el ejercicio de las vías recursivas locales, no es posible ocurrir ante la CSJN mediante recurso extraordinario federal. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. n° 5895/08 - 2/7/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

Los señores Julio M. Rojt y Lidia B. Mellicovsky interponen a fs. 63/74 recurso extraordinario federal contra la resolución del Tribunal de fecha 14/5/2008 (fs. 58/60), que rechazó *in limine* la denuncia de privación y denegación de justicia efectuada por los nombrados, y ordenó el archivo de las actuaciones iniciadas con ese motivo.

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

Como he señalado en ocasión de emitir mi voto en el expte. nº 3856 "Anapios, Ernesto s/queja por retardo, privación o denegación de justicia", resolución del 13/4/2005, las actuaciones originadas con fundamento en la competencia atribuida al TSJBA por el art. 113, inc. 4º, CCBA —y que reglamenta la ley 402 en sus arts. 36 y 37— no tienen por objeto un supuesto de la naturaleza de los contemplados en el art. 2º de la ley 27, precepto en el que la Corte Suprema de Justicia

de la Nación ha encontrado la reglamentación legislativa del concepto de causa contenido en el antiguo art. 100, hoy 116 de la C.N. A la luz de lo que esos textos disponen, el Poder Judicial federal debe ser ejercido en una controversia actual y concreta entre partes adversas. Tal presupuesto no se verifica en estas actuaciones, que conciernen al reclamo efectuado por el peticionario por la presunta omisión de un órgano jurisdiccional en emitir resolución.

Sea que se considere a la herramienta de la "privación, denegación o retardo de Justicia" como un simple reclamo de superintendencia (conf. Ibáñez Frocham, ver cita de Palacio, Lino Enrique, en *Derecho procesal civil*, t. V, p. 317, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993) o como un acto de naturaleza procesal, lo cierto es que no hay técnicamente un caso o causa de carácter contencioso (arts. 2º y 4º de la ley 27 y art. 14, ley 48), es decir una cuestión cuyo objeto sea un conflicto acerca de la existencia y alcance de un derecho subjetivo o de incidencia colectiva, ni es un incidente en una causa y, por ende, la resolución adoptada al respecto no es susceptible de ser atacada mediante el recurso intentado.

Por ello propicio declarar inadmisible el recurso extraordinario federal planteado.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Me adhiero a la fundada opinión del señor juez de trámite, el doctor Luis F. Lozano, en tanto la resolución criticada no resuelve una controversia o causa de naturaleza contenciosa, circunstancia que impide concretar cualquier agravio y, por lo mismo, torna la sentencia del TSJBA de fs. 58/60 irrecurrible por la vía intentada.

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

Me adhiero al voto del juez Luis F. Lozano.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

El recurso extraordinario federal interpuesto ante el rechazo *in limine* de la denuncia por privación y denegación de justicia de los Sres. Rojt y Mellicovsky es inadmisible.

Las circunstancias que fundaron la resolución del Tribunal a fs 58/60 demuestran que los recurrentes no agotaron el ejercicio de las vías recursivas locales, lo cual les inhibe cualquier posibilidad de ocurrir ante la CSJN.

Voto pues, por declarar inadmisible el recurso en análisis, con costas.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* inadmisible el recurso extraordinario federal planteado a fs. 63/74.

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

El juez José O. Casás no firma por estar con licencia.

Fdo.: *Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier.*

CXLVIII

"CORPORACIÓN DE REMATADORES Y CORREDORES INMOBILIARIOS —MUTUAL— C/GCBA S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD"

ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD: Medida cautelar.

SUMARIOS:

1. El Tribunal ha expresado reiteradamente que, por principio, el dictado de medidas cautelares no resulta compatible con el instituto previsto en el art. 113, inc. 2º, de la CCBA. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier).*

2. La reglamentación legal de la acción declarativa de inconstitucionalidad no permite al Tribunal invalidar, al pronunciar la sentencia definitiva, los procedimientos realizados al amparo de las disposiciones cuya pérdida de vigencia se pretende. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier).*

3. El dictado de una medida cautelar es incompatible con la acción declarativa de inconstitucionalidad pues, cuando se cuestionan normas contenidas en una ley, la pérdida de vigencia definitiva de ellas, aun en el caso de que el Tribunal considere acertado el pedido de la actora y le conceda razón, está sujeta a la condición suspensiva que menciona el art. 24, párrs. II y III, de la ley 402. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier).*

4. El acogimiento de una medida cautelar estaría concediendo una tutela que la propia sentencia de fondo no podría conceder, por las especiales características de la acción declarativa de inconstitucionalidad. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier).*

Expte. n° 5520/07 - 2/7/2008

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

La "Corporación de Rematadores y Corredores Inmobiliarios —Mutual—" solicita como medida cautelar, en los términos del art. 177 y ss., CCAyT, "la

suspensión de la convocatoria dispuesta por la Comisión Normalizadora, para las personas contempladas en el art. 55 de la ley 2340" (fs. 99/104).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Reiteradamente el Tribunal ha expresado que —por principio— el dictado de medidas cautelares no resulta compatible con el instituto previsto en el art. 113, inc. 2º, de la CCBA.

Ha dicho al respecto que la sentencia en una acción declarativa de inconstitucionalidad como la que se impetra en el *sub examine,* en caso de resultar favorable a la parte actora, se limita a la declaración de invalidez de las normas cuestionadas (doctrina del Tribunal, en los autos "Massalín Particulares S.A. c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad" en *Constitución y Justicia* [*Fallos,* del TSJBA], Ad-Hoc, t. I, 1999, p. 119 y ss., entre muchos otros). La reglamentación legal de la acción no permite al Tribunal invalidar, al pronunciar la sentencia definitiva, los procedimientos realizados al amparo de las disposiciones cuya pérdida de vigencia se pretende. Por lo demás, en asuntos como el de autos en que se cuestionan normas contenidas en una ley, la pérdida de vigencia definitiva de ellas, aun en el caso de que el Tribunal considere acertado el pedido de la actora y le conceda razón, está sujeta a la condición suspensiva que menciona el art. 24, párrs. II y III, de la ley 402.

En resumen, el acogimiento de una medida cautelar estaría concediendo una tutela que la propia sentencia de fondo no podría conceder, por las especiales características de la acción declarativa de inconstitucionalidad (doctrina del Tribunal, en los autos "Doy, Miguel c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 52/99, resol. del 16/6/99, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, t. I, pp. 134 y ss.; "Salgado, Graciela Beatriz c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 826/01, resol. del 22/2/2001, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, t. III, pp. 27 y ss.; "Villegas, Héctor c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 1276/01, resolución del 28/11/2001, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, t. III, p. 738 y ss.; "Unión Transitoria de Agentes S.A. y otros c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 1268/01, resolución del 28/11/01, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, t. III, pp. 734 y ss.; "Colegio de Procuradores de la Ciudad de Buenos Aires c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 3032/04, resolución del 21/4/2004; "Picasso, Mario Luis Juan c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad, expte. nº 4681/06, resolución del 26/4/2006; "Brusca, Vicente c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 5466, resolución del 18/9/2007, entre muchos otros). Las particularidades propias de estos procesos impiden trasladar, sin más, los principios generales respecto de las medidas cautelares propios de los juicios contenciosos (doctrina del Tribunal en "Valdés, Eduardo Félix c/GCBA s/acción

declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 1542/02, resolución del 12/6/2002, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, t. IV, pp. 206 y ss.).

Los jueces Ana María Conde, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier dijeron:

Adherimos al voto del juez Luis F. Lozano.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *No hacer* lugar a la medida cautelar solicitada por la actora.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y que sigan los autos de acuerdo a lo resuelto a fs. 92, puntos 1 y 2.

El juez José O. Casás no firma por estar con licencia.

Fdo.: *Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier.*

CXLIX

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

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Requisitos. Cuestión federal. Sentencia definitiva. Arbitrariedad de sentencia. METROVÍAS. COMPETENCIA: Potestad sancionatoria de la Ciudad de Buenos Aires. Poder de policía.

SUMARIOS:

1. Cabe denegar el recurso extraordinario federal por no haber cumplido eficientemente con los requisitos que hacen a su admisibilidad conforme lo establecido por la Acordada 4/07 de la CSJN y la recurrente no ha logrado plantear con la seriedad debida una cuestión federal que habilite la competencia de excepción ante la Corte Suprema de Justicia (art. 14, ley 48). *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

2. La existencia de una cuestión constitucional local a los fines del recurso de inconstitucionalidad (art. 27, ley local 402) no significa directamente que, en el caso, también se presente una cuestión federal, en los términos del art. 14 de la ley nacional 48. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante ver voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

3. No se justifica la apertura de la vía extraordinaria cuando el planteo del recurrente se funda en que la Corte Suprema de Justicia aplicará su propia doctrina

derivada de un precedente, pues carece de la mínima fundamentación que requiere un recurso de esta índole, y no explica ni demuestra cuáles son las similitudes fácticas que justifican adoptar la misma solución que la Corte en el fallo invocado, y con qué alcance. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

4. Los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia sólo obligan —por regla general, y salvo supuestos especiales de derecho federal—, a los tribunales de instancias inferiores en los casos en los que han sido dictados, pero no son de acatamiento general, pues no constituyen una fuente formal de derecho prevista en el art. 31 de la C.N. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

5. La admisibilidad del recurso extraordinario por arbitrariedad es estricta pues tiende a cubrir casos de carácter excepcional y atiende sólo a los supuestos y desaciertos de gravedad extrema cuando, a causa de ellos, esos fallos quedan descalificados como actos judiciales válidos. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

6. No todo ejercicio de control sobre el servicio que presta Metrovías compromete la interpretación del contrato, pues existe diferencia entre interpretar un contrato y ejercer potestades sancionatorias —originadas en el poder de policía o en el régimen de consumidores y usuarios— que toman al contrato como antecedente. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

7. El desconocimiento de las competencias locales, invocado para invalidar la sanción cuestionada, no viene fundado en norma federal alguna, sino en la mera invocación del contrato de concesión o, en el mejor de los casos, en la cláusula en que las partes acordaron llevar sus disputas al fuero federal. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

8. A los efectos del recurso extraordinario federal, la referencia aislada en relación con una pretendida superposición de controles sobre el servicio que presta Metrovías, no concreta explicación alguna que demuestre cómo quedarían comprometidas las previsiones del art. 75, inc. 30 de la C.N., por causar la sanción resistida un menoscabo incompatible con los fines servicio. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

9. El examen en torno a la validez de un acto emanado del EURSP de la CABA, que para imponer la sanción cuestionada buscó apoyo en los arts. 46, 80, 104, 106, 129, 138 de la CCBA, las leyes locales 210, 757 y 899 y en el régimen que la ley 24.240 regula para ser aplicado por las provincias y la CABA, depende exclusiva o, cuanto menos, primordialmente, de la interpretación y aplicación de normas locales y de derecho común, ajenas a los supuestos previstos por art.14 de la ley 48. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

10. No puede admitirse el recurso extraordinario federal si se omite transcribir ciertas normas jurídicas aludidas que no están publicadas en el *Boletín Oficial* de la República Argentina y, no se indica su período de vigencia. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

11. El recurso extraordinario federal debe denegarse cuando no satisface el requisito del inc. e) del art. 3º del Reglamento, que establece que se debe demostrar la relación directa e inmediata entre las normas federales invocadas y lo debatido y resuelto en el caso. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

12. El recurso extraordinario federal debe denegarse cuando no existe ni se refiere a una sentencia definitiva y con mayor razón cuando impugna la decisión del Tribunal que rechazó por mayoría, el recurso de inconstitucionalidad sobre una decisión que tampoco era definitiva. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

Expte. n° 5428/07 - 6/7/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

La empresa Metrovías S.A. interpuso a fs. 648/667 recurso extraordinario federal contra la resolución de fecha 9/4/2008 por la que el Tribunal admitió el recurso de queja y rechazó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto. EURSP-CABA no contestó el recurso.

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

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

2. Además de no haber cumplido eficientemente con los requisitos que hacen a la admisibilidad del recurso extraordinario conforme lo establecido por la Acordada 4/07 de la CSJN —lo que bastaría por sí solo para desestimarlo—, la recurrente no ha logrado plantear con la seriedad debida una cuestión federal que habilite la competencia de excepción ante la Corte Suprema de Justicia (art. 14, ley 48).

3. En relación con el contenido del recurso, cabe destacar que la recurrente efectúa una invocación genérica de cláusulas constitucionales supuestamente vulneradas; sostiene que la sentencia recurrida le ocasiona "un agravio constitucional irreparable, en tanto se lo priva de una tutela judicial efectiva, al no poder tener acceso a sus jueces naturales y al no autorizarse a tiempo la citación del Estado Nacional como tercero, todo ello en desmedro de la garantía constitucional consagrada en el art. 18..." (fs. 656), pero los agravios no han sido desarrollados de manera eficiente (conf. art. 280, CPCC) ni sustentados con la argumentación seria y fundada que un recurso de esta naturaleza requiere.

Además, que existiera una cuestión constitucional local a los fines del recurso de inconstitucionalidad (art. 27, ley local 402) no significa directamente que, en el caso, también se presente una cuestión federal, en los términos del art. 14 de la ley nacional 48.

La Corte Suprema ha establecido que la sola mención de preceptos no basta para abrir la vía extraordinaria (doctrina de *Fallos,* 165:62; 181:290; 266:135; 310:2306; y muchos otros) y que la relación directa que la ley exige existe sólo

cuando la solución de la causa requiere necesariamente la interpretación del precepto constitucional aducido (*Fallos,* 187:624; 248:129, 828; 268.2479). De otro modo, la jurisdicción de la Corte Suprema sería indebidamente privada de todo límite, pues no hay derecho que en definitiva no tenga raíz y fundamento en la Constitución Nacional, aunque esté directa e inmediatamente regido por el derecho no federal (*Fallos,* 295:335; 310:2306).

4. Con relación al agravio planteado a fs. 657, en el que la recurrente considera un "dispendio jurisdiccional" la forma en que se ha expedido este Tribunal, por entender que la Corte Suprema de Justicia "terminará ratificando su propia doctrina" plasmada en el fallo "Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Asociación Vecinal Belgrano 'C' Manuel Belgrano y otros c/GCBA y otro s/amparo'", debo señalar que el planteo deducido no justifica la apertura de la vía extraordinaria intentada ya que carece de la mínima fundamentación que requiere un recurso de esta índole, y no explica ni fundamenta cuáles son las similitudes fácticas que justifican adoptar la misma solución, y con qué alcance.

Además, los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia sólo obligan —por regla general, y salvo supuestos especiales de derecho federal, *Fallos,* 307:1294—, a los tribunales de instancias inferiores en los casos en los que han sido dictados. Las doctrinas emergentes de esos pronunciamientos no son de acatamiento general, pues —entre otras razones— no constituyen una fuente formal de derecho prevista en el art. 31 de la Constitución Nacional. La interpretación que el Alto Tribunal efectúa de una ley es una guía, para los jueces de las instancias anteriores, a la cual deben conformar sus sentencias, salvo apartamiento abonado por nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el Tribunal, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia.

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 lo que el recurso intentado debe declararse inadmisible. Lo cierto es que Metrovías pretende que se revise la interpretación que se realizó de la ley 210, cuestión local claramente ajena al ámbito del presente recurso.

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

No existe cuestión federal si los agravios involucran cuestiones de derecho público local (*Fallos,* 315:1074) o si se trata de determinar el contenido y extensión de las diferentes acciones previstas en la legislación (*Fallos,* 315:1644). La Corte no está autorizada para modificar la interpretación de las normas locales llevadas

a cabo por los jueces provinciales, sino sólo para revisar la compatibilidad de las normas así interpretadas con la Constitución Nacional (*Fallos,* 319:687).

6. El recurso interpuesto se reduce, en rigor, a alegar la arbitrariedad de la sentencia de este Tribunal, y en consecuencia pretende introducir la cuestión constitucional federal por sentencia arbitraria por falta de fundamentación (fs. 654 vta.) y por exceso de rigor formal (fs. 656), considerando que el fallo menoscaba la garantía de defensa en juicio y la regla del debido proceso (fs. 664 vta.). Sin embargo la admisibilidad del recurso extraordinario por esta causal es estricta pues tiende a cubrir casos de carácter excepcional (*Fallos,* 312:246, entre otros) y atiende sólo a los supuestos y desaciertos de gravedad extrema cuando, a causa de ellos, esos fallos quedan descalificados como actos judiciales válidos (*Fallos,* 294:376)

En el caso, los agravios reiteran lo expresado con anterioridad en el recurso de inconstitucionalidad y sólo traducen la disconformidad con los fundamentos del decisorio, sin demostrar la existencia de la alegada arbitrariedad.

7. Las costas se imponen por su orden, toda vez que el EURSPCABA no contestó el recurso.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. La recurrente sostiene que la controversia de autos compromete "un servicio que resulta ser indiscutiblemente federal", por tanto, a su criterio, "la competencia federal deriva de la propia naturaleza del conflicto" pues para ejercer las potestades sancionatorias cuestionadas "hay que indefectiblemente interpretar y aplicar lo que prevé sobre el particular el *contrato de concesión* de conformidad a las disposiciones que conforman el marco normativo de la *concesión*" (*sic* fs. 653, 660 vta. y 662).

2. Sin embargo, la supuesta cuestión federal invocada no quedó planteada en autos de un modo que permitiera a este Tribunal expedirse a su respecto, por cuanto la postura de Metrovías S.A. supone que todo ejercicio de control sobre el servicio que presta comprometería la interpretación del contrato, sin hacerse cargo de la diferencia que existe entre interpretar un contrato y ejercer potestades sancionatorias —originadas en el poder de policía o en el régimen de consumidores y usuarios— que toman al contrato como antecedente. En ningún momento, la parte actora ha indicado de qué modo la resolución del EURSPCABA avanzó sobre la interpretación del contrato de concesión ni por qué idéntica necesidad pesaría sobre los jueces que revisen la multa cuestionada.

El desconocimiento de las competencias locales, invocado para invalidar la sanción cuestionada, no viene fundado en norma federal alguna, sino en la mera invocación del contrato de concesión o, en el mejor de los casos, en la cláusula en que las partes acordaron llevar sus disputas al fuero federal, extremos ambos ajenos al supuesto que nos ocupa. El relativo al pacto de jurisdicción por la razón obvia, ya enunciada, de que no permite, ni la recurrente propone al respecto, una interpretación distinta de aquella según la cual esa previsión comprende tan sólo las controversias que se susciten entre las partes del contrato. Por su parte, la relativa a

la mera existencia de un contrato de concesión, cuyo concedente es la Nación, no importa por sí misma la exclusión de las competencias locales, según lo establecido por el art. 75, inc. 30, de la C.N., del cual tampoco se hace cargo la recurrente.

En efecto, la referencia aislada que la recurrente formula a fs. 664 vta., en relación con una pretendida superposición de controles sobre el servicio que presta, no concreta explicación alguna para mostrar cómo el supuesto de autos comprometería las previsiones del art. 75, inc. 30 de la C.N., por causarle la sanción resistida "un menoscabo incompatible" con los fines del mencionado servicio. En tal sentido, tiene dicho la CSJN que "la carga de esa demostración corresponde a quien pretende eximirse de cumplir con las leyes provinciales", argumento decisivo para que progrese un agravio basado en la "prohibición de interferencia" o "repugnancia efectiva", que justifica la interdicción de potestades locales en supuestos que guardan analogía con el que nos ocupa (*Fallos,* 322:2598).

3. En tal contexto, el pronunciamiento impugnado, según el cual el examen en torno a la validez de un acto emanado del EURSP de la CABA, que para imponer la sanción cuestionada buscó apoyo en los arts. 46, 80, 104, 106, 129, 138 de la CCBA, las leyes locales 210, 757 y 899 y en el régimen que la ley 24.240 regula para ser aplicado por las provincias y la CABA, depende exclusiva o, cuanto menos, primordialmente, de la interpretación y aplicación de normas locales y de derecho común (*Fallos,* 324:4349).[26] Ello así, el recurso extraordinario federal no ha logrado poner en juego alguno de los supuestos previstos por el art. 14 de la ley 48.

4. Por su parte, los agravios federales que pudiera suscitar, no ya la determinación de la jurisdicción competente, sino la decisión que se expida en torno a la legitimidad de la sanción atacada —a los que parece aludir la recurrente a fs. 664— resultan prematuros y podrán, en su caso, cumplidos los recaudos pertinentes, suscitar el control de la CSJN en ocasión de revisar la sentencia definitiva.

5. Finalmente, el recurrente no explica por qué el pronunciamiento dictado *in re* "Banco de la Nación Argentina c/Programa de Defensa de Consumidor Comercio y Cooperativas de la Pcia. San Luis s/apelación ley 24.240" (B.163. XL, del 28/7/2005) —en el que la CSJN dejó sin efecto la sentencia que había desestimado la apelación de la actora contra la multa que le fuera impuesta por la autoridad provincial, por infracción a la ley de Defensa del Consumidor, al estar involucrado "un organismo del Estado Nacional sujeto a la jurisdicción federal" multado "en ejercicio del poder de policía financiera que compete a otro órgano de esté ultimo" [en referencia al BCRA, punto IV, párrafo quinto y noveno, del dictamen señor Procurador al que remite el fallo]— podría conducir a resolver los

[26] El encuadre de la ley 24.240, como norma dictada en ejercicio de las competencias prevista en el art. 75, inc. 12 de la C.N., se completa con el precedente de *Fallos*, 324:1740 que atribuye carácter federal a las disposiciones de esa norma "en cuanto al régimen de sanciones que establece y a las competencias que atribuye a la autoridad de aplicación nacional".

agravios planteados por Metrovías S.A. de un modo diverso al impugnado (v. fs. 662). Su referencia, entonces, resulta ineficaz para habilitar la vía recursiva intentada (art. 14 de la ley 48).

6. La decisión relativa al pedido de acumulación de procesos formulado en el punto III, excede la jurisdicción de este Tribunal en la vía intentada.

En consecuencia, por las razones dadas, voto por denegar el recurso extraordinario federal planteado por Metrovías S.A. Costas por su orden.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso extraordinario federal que luce a fs. 649/667 fue presentado por escrito, ante el tribunal superior de la causa, y dentro del plazo previsto en el art. 257, CPCCN. Sin embargo, no puede ser admitido pues no se adecua a las exigencias previstas en los arts. 8º y 3º, inc. e) del Reglamento aprobado por la Acordada 4/07 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, el "Reglamento").

2. En contradicción con el art. 8º del Reglamento, la recurrente omite transcribir ciertas normas jurídicas a las que alude que no están publicadas en el Boletín Oficial de la República Argentina y, por lo demás, no indica su período de vigencia. Con esta imprecisión, la impugnante se refiere a los arts. 21 y 23 de la ley 210, a la ley 373 y a la ley 747.

Si bien la circunstancia apuntada en el párrafo anterior sería suficiente para denegar el recurso intentado en los términos del art. 11 del Reglamento, a continuación haré algunas consideraciones adicionales.

3. El recurso tampoco satisface el requisito del inc. e) del art. 3º del Reglamento, que establece que se debe demostrar la relación directa e inmediata entre las normas federales invocadas y lo debatido y resuelto en el caso.

Coincido en este punto con los argumentos que la señora jueza de Trámite expresa en el apart. 3, primer párrafo de su voto del que se sigue que no hay ninguna cuestión federal que amerite la apertura del recurso. La lectura del escrito de fs. 649/667 revela la disconformidad de la recurrente con la interpretación de normas locales efectuada en el interlocutorio atacado, que confirmó la competencia de la justicia local. Y, por lo demás, en la presentación en examen no se demuestra que dicha interpretación genere un caso federal.

4. Metrovías sostiene que el pronunciamiento del Tribunal es arbitrario por cuanto la priva de una tutela judicial efectiva, afectando la garantía constitucional prevista en el art. 18 de la C.N.

Sin embargo, la accionante no consigue vincular los supuestos errores que atribuye al pronunciamiento impugnado con la lesión de la garantía que invoca (ni de ningún otro precepto constitucional).

En síntesis, como advierte la jueza Conde, ante la ausencia de una cuestión federal, la recurrente intenta sin éxito y mediante la invocación de la doctrina de la arbitrariedad, sostener un recurso extraordinario inadmisible.

La CSJN en múltiples precedentes, 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 o que los recurrentes consideren tales, sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que, deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces 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 muchos otros).

5. Por fin, en cuanto a la acumulación de procesos solicitada a fs.666 y vta., el pedido excede el control de admisibilidad formal que a este Tribunal le compete y deberá ser resuelto, eventualmente, por el tribunal del recurso: la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Por lo expuesto, el recurso extraordinario federal intentado debe ser desestimado por inoficioso. Costas por su orden. Así lo voto.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

Sigo pensando que el recurso interpuesto no se refiere a una sentencia definitiva, ni siquiera en su versión actual, que impugna la decisión del Tribunal que rechazó, por mayoría, su recurso de inconstitucionalidad sobre una decisión que tampoco era definitiva (ver votos de la señora jueza Ruiz y el mío propio). Esto resultaría suficiente para rechazar el recurso extraordinario, pues una de las exigencias del art. 14 de la ley 48 no está presente. Cabe aclarar que el hecho del rechazo del recurso de inconstitucionalidad por este Tribunal no provoca un cambio de característica de la decisión atacada que, claramente, no puede clasificarse como sentencia definitiva. En verdad, todo el agravio del actor actualmente —ya que le fue concedida la medida cautelar por él pretendida desde su demanda: suspensión de los efectos de la resol. 69-EURSPCABA/06, del Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— reside en la supuesta "negación" del fuero federal, pretensión del actor incomprensible, porque Metrovías es el actor que inició la demanda ante la justicia contencioso-administrativa de la Ciudad y, de inmediato, le planteó excepciones a su propia demanda, volviendo así sobre sus propios actos. En este sentido, ya he expuesto en mi voto por el rechazo de la queja producida sobre la base del recurso de inconstitucionalidad local (fs. 642 y ss.) —como, repetidamente, en otras sentencias allí citadas— que este agravio no aparece en una sentencia definitiva sino, muy por lo contrario, al comienzo del procedimiento y cuando se ordena llevarlo a cabo, razón por la cual el mismo agravio, expuesto ahora en contra de la sentencia de este Tribunal que le rechazó el recurso de inconstitucionalidad, tampoco existe ni se refiere a una sentencia definitiva.

Para comprender tal situación debe confrontarse mi voto a fs. 643.

Por lo demás, las condiciones y exigencias para la procedencia de un recurso ante la justicia local, no constituyen derecho federal y, por ende, según múltiples

fallos (ver citas de la señora jueza de trámite en el punto 5 de su voto), son ajenos al control por la vía del recurso extraordinario federal.

Con relación a las costas del recurso de la recurrente, ella es la vencida en el recurso, en el sentido de que no triunfó su pretensión impugnativa ante este Tribunal, razón por la cual es preciso imponerle las costas que pudo haber provocado —aun cuando su recurso no haya sido contestado— sobre la base del principio objetivo de la derrota.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal interpuesto por Metrovías S.A. a fs. 649/667, costas por su orden.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva como está ordenado a fs. 644.

El juez José O. Casás no suscribe la resolución por estar en uso de licencia.

Fdo.: *Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier.*

CL

"MÉNDEZ CAÑAS, ALBERTO HERNÁN C/CAJA DE SEGURIDAD SOCIAL PARA ABOGADOS DE LA CABA Y OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Caja de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad de Buenos Aires (CASSABA). Ley 1181. Principios de universalidad y solidaridad. PRINCIPIO DE LEGALIDAD: Reglamentación. Delegación de facultades legislativas. Aportes previsionales. Abogados afiliados a otro régimen previsional. Superposición de aportes. AMPARO: Idoneidad de la vía elegida.

SUMARIOS:

1. El amparo no constituye un procedimiento judicial genérico y electivo, sustitutivo de los procedimientos específicos reglados, sino que supone la evidencia inicial de la ilegitimidad del acto u omisión cuestionados y el daño grave e inminente a un derecho constitucional o legal que deba ser restablecido de inmediato. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

2. En su condición de persona de derecho público no estatal, CASSABA tiene facultades para reglamentar la ley cuya ejecución le ha confiado el Parlamento y

las debe ejercer dentro de los límites de la ley y sin contradecirla. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier)*.

3. No se advierte que la reglamentación ensayada por CASSABA contradiga la ley o exceda aquello que es materia de reglamentación, pues comienza por repetir el texto de la ley y, posteriormente, somete a contribución tan sólo el resultado del trabajo profesional ejercido ante los tribunales de la Ciudad. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier)*.

4. La afiliación a otro régimen previsional no implica superoposición de aportes, puesto que, como ocurre normalmente, las contribuciones efectuadas ante un organismo pueden ser hechas valer, en determinadas condiciones, frente al otro organismo que concede el haber previsional. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier)*.

5. El fruto económico del trabajo de un abogado en el territorio de la Ciudad de Buenos Aires debe efectuar contribuciones basadas en servicios o beneficios concretos para el contribuyente, y también aquellas prestaciones previsionales o sociales fundadas en los principios de universalidad y solidaridad, cualquiera que sea el sistema que se adopte. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

6. El pedido de la actora de quedar exceptuada de la obligación tributaria impuesta por el régimen instituido por la ley 1181 o cualquier otro que lo reemplace configura una pretensión que no es pasible de ser puesta a consideración de un organismo del Poder Judicial. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

7. La ley 1181 no confirió a ninguno de los órganos de la Caja de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad de Buenos Aires (CASSABA) aptitud para reglamentar la ley en un rango equivalente al de un decreto que sólo pudo emitir el Jefe de Gobierno. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

8. CASSABA —persona jurídica de derecho público no estatal— no podía, debido a su 'autonomía económica y financiera' (art. 2º de la ley 1181), sustituir en el ejercicio de sus funciones a la autoridad constitucionalmente competente para emitir la reglamentación de la ley. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz)*.

9. La reglamentación de la ley es facultad del Jefe de Gobierno sujeta, conforme con el art. 101 de la CCBA, a los recaudos allí indicados para que pueda ser ejercida en forma legítima. *(Voto disidente de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz)*.

Expte. nº 5560/07 - 7/7/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Alberto Hernán Méndez Cañás promovió una acción de amparo contra la Caja de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, CASSABA), con el objeto que se declare que no se encuentra sujeto

al sistema instaurado por la ley 1181 y que se ordene a los Bancos de la Nación Argentina y Ciudad de Buenos Aires que se abstengan de practicarle retención alguna sobre las libranzas judiciales que tenga que percibir (fs. 1/10). El actor señaló que está afiliado a la Caja de Previsión Social para Abogados de la Provincia de Buenos Aires y que ejerció la opción prevista en el segundo párrafo del art. 5º de la ley 1181, en los términos exigidos por la reglamentación de CASSABA (fs. 3).

Posteriormente amplió la demanda solicitando que, al momento de dictar sentencia, se ordene la restitución de los aportes ingresados en las arcas de CASSABA, en lo referente a la cuenta del actor, con posterioridad al inicio de la demanda (fs. 67).

2. Corrido traslado de la demanda, la CASSABA produjo el informe previsto en el art. 8º de la ley 16.986 (fs. 89/117), en el que objetó la vía empleada por la actora para encauzar su demanda —en tanto no existe, a su criterio, ilegalidad o arbitrariedad manifiesta, ni actualidad o inminencia en la afectación de una garantía constitucional—. Además, se opuso a la procedencia de la pretensión.

3. El juez de primera instancia hizo parcialmente lugar al amparo contra CASSABA. Declaró la nulidad del art. 5º de la resol. 004-A/05 de la Asamblea de Representantes de la Caja de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y rechazó la pretensión del actor en lo relativo a la restitución de los aportes que hubieren sido ingresados a las arcas de CASSABA, con relación a libranzas judiciales emitidas a su favor (fs. 142/145 vta.).

4. El actor y CASSABA apelaron la sentencia de primera instancia (fs. 147/151 y 159/176, respectivamente). La actora contestó el traslado del memorial de agravios, solicitando se confirme la sentencia de primera instancia en todo cuanto fuera materia de queja por parte de la demandada (fs. 184/188 vta.). CASSABA no contestó el traslado (ver fs. 191).

5. La Sala I de la Cámara CAyT revocó la sentencia de primera instancia, con remisión al fallo dictado por ese tribunal en la causa "Fornasari" (fs. 210).

6. El actor interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 216/228), que previa contestación por la demandada (ver fs. 240/264 vta.) fue concedido por la Sala I (fs. 266).

7. A fs. 287/293 vta. obra el dictamen del Fiscal General Adjunto, quien propicia que se haga lugar al recurso de inconstitucionalidad impetrado por la parte actora, se confirme la sentencia apelada y se rechace el amparo. Por una presentación posterior el Fiscal General Adjunto, luego de una revisión de su dictamen dirigida a subsanar cierta imprecisión en el punto V propone que se dicte un pronunciamiento que admita la procedencia formal del recurso impetrado por la parte actora, rechace la pretensión de inconstitucionalidad deducida y confirme la sentencia recurrida (fs. 298).

FUNDAMENTOS:

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

1. El recurso de inconstitucionalidad deducido por Alberto Hernán Méndez Cañás se dirige contra una sentencia definitiva emanada del superior tribunal de la causa y logra plantear un caso constitucional en los términos de la ley 402.

2. Ahora bien, tal como lo sostuvo la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo CAyT al conceder el recurso (fs. 266), una cuestión sustancialmente análoga a la ventilada en el presente proceso ha sido abordada por este Tribunal *in re*: "Fornasari, Norberto Fabio c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. n° 4911/06, resolución del 18/4/2007.

En atención a ello, por razones de brevedad, nos remitimos a los fundamentos desarrollados en aquella oportunidad —incorporados mediante el agregado de copia de esa decisión a este expediente— para concluir que en el caso corresponde rechazar el recurso deducido a fs. 216/228. Costas en el orden causado, en virtud de lo dispuesto en el art. 14 de la CCBA.

3. Por último, en lo que respecta al agravio relativo a la imposición de costas dispuesta por el *a quo* en el marco de la presente acción de amparo sin que se hubiese declarado la temeridad o malicia del letrado actor, basta señalar que el planteo ha devenido abstracto en atención a lo resuelto en la decisión aclaratoria obrante a fs. 215.

Así lo votamos.

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. El recurso ha sido concedido y, como se desprende de mi voto en el fallo al cual mis colegas se remiten, yo no tengo objeciones que anteponer a la concesión del recurso, puesto que, en su base, se discuten en la demanda varios problemas constitucionales: la potestad para reglamentar leyes (CCBA, 201), el principio de legalidad de contribuciones y tributos (CCBA, 51, 80, inc. 2º, a), incluso el derecho individual a ejercer una profesión lícita y hasta la posibilidad de tratar esta demanda por la vía elegida por el actor, el amparo, y los límites de la decisión que emerge de esa misma vía (CCBA, 14 y concs.). En este sentido, remito también a lo dicho en el punto 1 del fallo que mencionan y agregan mis colegas.

2. Si sintetizo las razones por las cuales decidí que era correcto —en esa misma sentencia citada— rechazar el recurso inconstitucionalidad planteado por la parte actora, diré en poca líneas que:

a) La vía del amparo no es idónea para decidir casos complejos en los cuales la lesión o la amenaza de lesión a un derecho subjetivo no aparece como manifiesta o evidente, acción dirigida al único fin de restablecer la vigencia del derecho lesionado o evitar la lesión inminente de ese derecho.

b) El amparo no es un procedimiento judicial previsto para reemplazar los procedimientos judiciales ordinarios, a voluntad de las partes, ni tampoco

es un procedimiento residual al cual acudir por alguna ventaja teórica que él presenta frente a los procedimientos ordinarios.

c) Pero más importante aún, porque para el caso resulta relevante, es el límite que el amparo impone para la sentencia de los jueces, dado que allí las condiciones de su interposición fijan aquello que el juez debe decidir en la sentencia: restablecer el derecho *manifiestamente* lesionado o impedir la lesión *inminente* que, *evidentemente*, producirá el comportamiento de otra persona.

d) Ni una ni otra cosa verifica el procedimiento seguido pues la ilegitimidad constitucional que demanda el actor no resulta evidente o manifiesta. Es dudoso que CASSABA carezca del poder reglamentario para la ley de su creación y funcionamiento. Es también dudoso que haya excedido aquello que es materia de reglamentación, pues sólo ha sometido a contribución el resultado económico del trabajo profesional ejercido ante los tribunales de la Ciudad y ha prescindido de las contribuciones fijas, cuando el abogado aporta a un régimen distinto. Por la misma razón, resulta extremadamente dudosa la afirmación fáctica acerca de que un honorario ha sido sometido varias veces a una contribución; al mismo tiempo, resulta falso que las contribuciones efectuadas ante un organismo no puedan ser hechas valer ante otro que concede el haber previsional. Tampoco la contribución impide decidir libremente si se trabaja en una jurisdicción judicial y menos aún le impide al actor trabajar como abogado en el ámbito del la Ciudad de Buenos Aires. Tampoco es manifiesto o evidente la lesión al principio de equidad tributaria, pues la contribución no está basada en servicios o beneficios concretos para el contribuyente, sino por lo contrario, en los principios de universalidad y solidaridad que rigen toda prestación previsional o social.

3. Por estas razones, expresadas con mayor enjundia en la sentencia que agregan mis colegas, me pronuncio, como en ella, por rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto y con ello, por rechazar el amparo requerido. Costas del recurso de inconstitucionalidad por su orden, debido a la naturaleza de la acción iniciada (conf. CCBA, 14).

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

En lo que resulta relevante, la cuestión debatida en autos es sustancialmente similar a aquella traída a conocimiento del Tribunal en la causa "Fornasari, Norberto Fabio c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 4911/06, sent. del 18/4/2007.

Por ello, por razones de brevedad, me remito a los fundamentos que expuse en aquella oportunidad. En consecuencia, voto por admitir el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por Alberto Hernán Méndez Cañas a fs. 216/228 y revocar

la sentencia de la Sala I de la Cámara CAyT que rechazó el amparo, con costas a la vencida.

El agravio introducido a fs. 227/228 carece de fundamento en atención a lo resuelto por la Cámara a fs. 215.

Por ello, emitido el dictamen por el señor Fiscal General Adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por Alberto Hernán Méndez Cañás a fs. 216/228.

2º. *Imponer* las costas en el orden causado.

3º. *Agregar* a este expediente copia de la sentencia dictada por el Tribunal de fecha 18/4/2007, en los autos "Fornasari, Norberto Fabio c/GCBA y otros s/ amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido" (expte. nº 4911/06).

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

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

CLI

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'LATINOCONSULT S.A. - PROLE SUDAMERICANA S.A. HARINAS S.A. (UNIÓN TRANSITORIA DE EMPRESAS) Y OTROS C/GCBA S/OTROS RECURSOS JUDICIALES C/RES. PERS. PÚBLICAS NO ESTATALES'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos.
Sentencia definitiva. CÁLCULO DE INTERESES: Oportunidad.

SUMARIOS:

1. El recurso de queja debe rechazarse cuando no se dirige contra una sentencia definitiva, ni se presenta ninguna de las situaciones excepcionales que justifican apartarse de esa regla para equiparar lo decidido a una sentencia definitiva. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz, Julio B. J. Maier y Ana María Conde).*

2. El cuestionamiento referido a la forma en que deben calcularse los intereses debió ser planteado en el proceso en la etapa de conocimiento y su articulación en la de ejecución, de prosperar, afectaría el alcance de la cosa juzgada pues tiende a modificar la base establecida en la sentencia del Tribunal sobre la que deben calcularse los intereses fijados. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz, Julio B. J. Maier y Ana María Conde).*

Expte. nº 5700/07 - 7/7/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La actora formuló la liquidación de la deuda reconocida por la sentencia del Tribunal en los autos principales, que ascendía a la suma total de $1.170.000, en concepto de facturas impagas por el importe de $ 90.000 cada una, por servicios prestados durante los meses de octubre de 1993 a octubre de 1994, y calculó los intereses de acuerdo con la tasa para los "Préstamos amortizables directos en pesos para capital de trabajo", que según consignó es la nueva denominación asignada por el Banco de la Ciudad de Buenos Aires a la "Tasa activa para préstamos a 30 días de la cartera general" que se estableciera en la sentencia (fs. 5/6)

El Gobierno de la Ciudad impugnó la liquidación practicada, por considerar que a la suma de la condena ($ 1.170.000) debían descontarse los montos correspondientes al IVA. También objetó la tasa de interés aplicada por la actora porque no era la dispuesta en la sentencia (fs. 7/8).

La jueza de primera instancia rechazó la impugnación, aprobó la liquidación presentada e impuso las costas al impugnante. Sostuvo en su decisión que "el argumento que se introduce en esta instancia importaría reabrir una cuestión que está alcanzada por el efecto de la cosa juzgada. Aun cuando es evidente que cualquier factura posee un componente impositivo, no cabe determinar en esta instancia cuál es la incidencia de este componente, y una vez establecido ello, cuánto es atribuible al IVA. Ello en su caso, debió haber sido argumentado por la demandada al contestar la demanda y fundar sus escritos recursivos, lo que al no haber acontecido, no puede admitirse en esta instancia. En cuanto a la tasa de interés aplicada, cabe señalar que según surge del informe del Banco Ciudad de Buenos Aires obrante a fs. 1055, la tasa de Préstamos a 30 días Cartera General actualmente se denomina 'Préstamos Amortizables Directos en Pesos para Capital de Trabajo', informe este que no fue impugnado por la demandada todo ello a tenor de los argumentos allí expresados" (fs. 10/10 vta.).

2. El GCBA apeló y expresó agravios contra esa sentencia (fs. 12/17).

La Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo CAyT rechazó el recurso, con costas, por considerar que "el Tribunal Superior ya ha determinado el monto por el cual habrá de prosperar la acción interpuesta por la accionante, de manera que el argumento que pretende introducir la demandada en esta instancia procesal —esto es, que a dicha suma deben descontarse los montos correspondientes al IVA— significaría reabrir una cuestión que está alcanzada no solamente por los efectos de los principios de congruencia y preclusión antes mencionados, sino también por los efectos de la cosa juzgada". En cuanto al agravio del GCBA referido a la imposición de costas la Sala considero que "en la especie, a criterio del Tribunal no concurren circunstancias tales que (...) autoricen apartarse del principio general y aplicar la solución excepcional" (fs. 19/20 vta.).

3. El GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad contra el fallo de Cámara (fs. 21/33 vta.), el que fue contestado por la parte actora (fs. 52/74). La Sala denegó su concesión por considerar, en lo sustancial, que "[e]l pronunciamiento impugnado no se encuentra comprendido entre los supuestos que habilitan la intervención del Superior Tribunal por vía del recurso de inconstitucionalidad, ya que la decisión dictada no es una sentencia definitiva a los efectos del recurso de inconstitucionalidad, y el recurrente, no ha demostrado que dicha decisión le ocasione un perjuicio irreparable y, por lo tanto, sea equiparable a definitiva" (fs. 34 y vta.).

4. El GCBA planteó ante el Tribunal el recurso de queja agregado a fs. 37/47. El Fiscal General Adjunto se expidió por el rechazo de la queja por considerar que "la resolución que la parte demandada intenta traer a conocimiento de V.E. se relaciona con el cumplimiento de la sentencia definitiva ya dictada en autos, y tal como lo establece la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, las medidas de ejecución, en principio, no se equiparan a sentencia definitiva (*Fallos*, 224:380, 256:340; 264:297; 306:477), y por tanto no [son] cuestionables mediante recurso extraordinario" (fs. 80/80 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. El recurso de queja planteado por el GCBA en tiempo y forma debe ser rechazado por no dirigirse contra una sentencia definitiva, como ha sido correctamente señalado en el auto denegatorio y en el dictamen fiscal.

2. En este sentido, considero aplicable al recurso de inconstitucionalidad local y a la queja que pretende la revisión de su denegatoria, la doctrina establecida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que niega, como regla, carácter de sentencia definitiva a las resoluciones posteriores dictadas durante la etapa de ejecución, en cuanto interpretan o determinan el alcance de aquella decisión final recaída con anterioridad (*Fallos,* 314:1353; 318:1217, entre muchos otros). Cabe aclarar que la

Corte ha reconocido que corresponde hacer excepción al criterio apuntado cuando se logra demostrar que la resolución dispuesta en el trámite de ejecución se aparta de manera clara y sustancial del pronunciamiento definitivo pasado en autoridad de cosa juzgada (*Fallos,* 316:1188, 2315; 321:756, entre muchos otros).

3. En el caso, no se presenta ninguna de las situaciones excepcionales que justifican apartarse de la regla para equiparar lo decidido a una sentencia definitiva. La sentencia anterior del Tribunal, cuya ejecución da lugar a las decisiones que preceden a esta queja, dispuso textualmente: "*1.* Hacer lugar al recurso de apelación ordinario interpuesto por la Unión Transitoria de Empresas conformada por Latinoconsult S.A., Prole Sudamericana S.A. y Arinsa S.A. y, en consecuencia, revocar la sentencia recurrida y confirmar el pronunciamiento de primera instancia en cuanto dispuso el pago de la suma de $ 1.170.000,00 (un millón ciento setenta mil pesos), en concepto de facturas impagas, más los intereses correspondientes".

Las copias de los escritos y de las sentencias agregados a la queja dan cuenta que la liquidación practicada por la parte actora se ajustó, estrictamente, a lo dispuesto en la sentencia del Tribunal en cuanto a la suma determinada en la condena, por lo que no se advierte que las decisiones de las instancias de mérito modificaran en forma más gravosa para el Gobierno lo ordenado en esa condena.

4. En verdad, y tal como ha sido señalado por la sentencia de primera instancia y reiterado por la alzada, el cuestionamiento del GCBA referido a la forma en que deben calcularse los intereses (ver fs. 8, cuarto párrafo) debió ser planteado en el proceso en la etapa de conocimiento y su articulación en la de ejecución, de prosperar, afectaría el alcance de la cosa juzgada pues tiende a modificar la base establecida en la sentencia del Tribunal ($ 1.170.000) sobre la que deben calcularse los intereses fijados.

5. Finalmente, como ha sido señalado por el actor al contestar el recurso de apelación planteado por el GCBA (fs. 71 vta./fs. 72 vta., puntos 44 a 46 del escrito) de acuerdo con la ley tributaria aplicable, su parte se encontró obligada a integrar el impuesto al valor agregado (IVA), a partir de la emisión de la factura cuyo cobro le fue negado por la Administración, afrontando un gravamen que en su matriz técnica no debía soportar sino trasladar al contribuyente de hecho. De tal forma, los intereses sobre el total del monto de cada factura compensan, por un lado, las sumas que correspondían a las prestaciones realizadas, y por otro, a las que debió destinar el actor en su calidad de contribuyente al pago del impuesto facturado que no fue oportunamente oblado por el sujeto incidido (el GCBA). Cabe aclarar, a todo evento, que el recurrente tampoco ha efectuado en el momento oportuno para hacerlo algún planteo serio orientado a objetar la obligación de afrontar el pago del IVA también sobre los intereses que en definitiva se determinen sobre la deuda

reclamada —capital histórico e IVA afrontado por el contratista—, por lo que nada corresponde expresar al respecto.

Por las razones expuestas, corresponde rechazar la queja planteada por el GCBA.

Así lo voto.

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

Adherimos al voto de nuestro colega, el juez José O. Casás.

La jueza Ana María Conde dijo:

Adhiero al voto del doctor Casás, y voto por rechazar la queja planteada por el GCBA.

Si bien las sentencias de primera y segunda instancia confunden la cuestión a resolver, y no se pronuncian correctamente sobre el planteo realizado por el GCBA referido a la forma de computar los intereses —ya que interpretan que el GCBA pretendía descontar los montos correspondientes al IVA de la suma por la que prosperó la acción, cuando en realidad el recurrente perseguía otro fin: no pagar intereses sobre el IVA discriminado en cada factura—, dicho planteo resulta:

- formalmente extemporáneo —por los fundamentos expuestos en el apart. 4 del voto del doctor Casás, a los que me remito—, y
- sustancialmente improcedente —por los fundamentos expuestos en el apart. 5 del voto del doctor Casás, a los que me remito.

Por estos motivos, y como sostiene el doctor Casás en los aparts. 2 y 3 de su voto, al no incurrir las resoluciones judiciales cuestionadas en un apartamiento de la sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada, no se configura el requisito de "sentencia definitiva o equiparable", lo que frustra el destino del presente recurso.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el señor Fiscal General Adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja planteada por el GCBA a fs. 37/47.

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

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

CLII

"PRATO, OSVALDO C/CASSABA Y OTROS S/OTRAS CAUSAS CON TRÁMITE DIRECTO ANTE LA CÁMARA DE APEL. S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO", Y "LUCHINSKY, RUBÉN OSVALDO C/CASSABA Y OTROS S/OTRAS CAUSAS CON TRÁMITE DIRECTO ANTE LA CÁMARA DE APEL. S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Requisitos. Sentencia definitiva. CASSABA: Ley 1181. Reglamentación. APORTES PREVISIONALES: Naturaleza. HECHO IMPONIBLE: Verificación instantánea. Percepción de honorarios profesionales. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN MATERIA TRIBUTARIA: Legalidad, irretroactividad, derecho de propiedad, razonabilidad.

SUMARIOS:

1. El recurso de inconstitucionalidad debe declararse correctamente concedido cuando, interpuesto en el tiempo y la forma que marca la ley (conf. art. 28 de la ley 402), se dirige contra una sentencia definitiva y plantea efectivamente un caso constitucional. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhiere el señor juez José O. Casás).*

2. Las prestaciones previsionales son contribuciones que, en una clasificación extensiva, pueden ingresar a la materia tributaria, y están sometidas a los principios señalados por el art. 51, CCBA, entre los que cabe señalar a la garantía de la irretroactividad de la ley tributaria. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhiere el señor juez José O. Casás).*

3. La ley local 1181 fijó como hecho imponible la percepción de los honorarios, hecho de verificación instantánea, que establece legítimamente, quizás de modo implícito pero de manera indudable, la base imponible y, a la vez, el momento preciso en el que debe considerarse acaecido el hecho sujeto a contribución previsional. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhiere el señor juez José O. Casás. En sentido concordante ver voto de la señora jueza Ana María Conde).*

4. La decisión de la ley de establecer la percepción de honorarios como hecho imponible no vulnera la garantía de la propiedad que el recurrente considera afectada por la disminución de la suma neta percibida por él a raíz del aporte retenido por el Banco girado, depositado a favor de CASSABA. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhiere el señor juez José O. Casás).*

5. La existencia de una ley formal que crea el aporte y determina razonablemente el aspecto material y temporal del hecho gravado cumple con los principios de legalidad y certeza. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhiere el señor juez José O. Casás).*

6. La solución legal de establecer la percepción de los honorarios como hecho imponible no vulnera en si misma la garantía de la propiedad, pues el derecho a percibir los honorarios regulados con anterioridad a la vigencia de la ley, en la suma fijada, no se extiende hasta el punto de preservar la suma regulada de la imposición

—por una ley posterior a la regulación pero anterior al cobro— de obligaciones tributarias o cuasi-tributarias, establecidas para financiar el sistema previsional, de raíz constitucional, del que el propio actor resultará beneficiario. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhiere el señor juez José O. Casás).*

7. No se vulnera la noción de derecho adquirido (que no puede considerarse un *bill* de indemnidad previsional o fiscal), ni lo dispuesto por el art. 3° del Cód. Civil en cuanto establece que las leyes se aplican aun a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, en el caso de considerar a la percepción —posterior a la ley— de los honorarios generados con anterioridad a la vigencia de la ley local 1181. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhiere el señor juez José O. Casás).*

8. La relación crediticia, de carácter sinalagmático, vinculada con los honorarios no constituye la base que determina cuál es el hecho imponible y cuál el momento en que se perfecciona la obligación tributaria, pues esta última tiene en miras principios de derecho público ajenos a aquella relación. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhiere el señor juez José O. Casás).*

9. La potestad del Estado local en materia previsional no se subordina a la relación crediticia en materia de honorarios, de índole de derecho privado, para establecer los elementos del hecho sujeto a tributación. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhiere el señor juez José O. Casás).*

10. Cabe rechazar el recurso de inconstitucionalidad pues no se demostró por qué razón la elección efectuada discrecionalmente por el legislador a los efectos del pago del aporte previsional, que consideró relevante para determinar el hecho imponible, la percepción del honorario, es irrazonable o lesiona alguna otra garantía constitucional. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhiere el señor juez José O. Casás).*

11. La circunstancia de que el legislador haya optado por gravar los honorarios de los profesionales afiliados a CASSABA al momento de su percepción no acarrea, una violación al principio de "irretroactividad" receptado por el art. 51 de la CCBA, porque el hecho gravado consistente en la percepción de los honorarios, ocurrió o se completó con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 1181. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhiere el señor juez José O. Casás).*

12. El principio de irretroactividad de la ley tributaria, íntimamente ligado al principio de inviolabilidad de la propiedad privada, implica que la ley debe ser anterior al hecho escogido por ella para hacer nacer la obligación tributaria, porque en el momento en que se configura este hecho imponible es cuando el contribuyente incorpora un derecho a su patrimonio. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

13. Del art. 62 de la ley 1181 que establece que la Caja cuenta, a los fines de su financiamiento, con un aporte del cinco por ciento de todo honorario de origen profesional que perciban los afiliados, se desprende que el legislador decidió expresamente supeditar el nacimiento de la obligación tributaria al acaecimiento de la percepción del honorario, y no a su devengamiento ni a la regulación del honorario. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

14. La obligación de pagar el aporte previsto en el art. 62, inc. 1º de la ley 1181 se origina a partir de un hecho imponible de carácter simple y de verificación

instantánea, que es la percepción de un honorario de origen profesional, único y preciso momento en que nace la obligación de pagar el mencionado aporte. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

15. La obligación de pagar el aporte previsto en el art. 62, inc. 1º de la ley 1181 que se origina en el momento de la percepción de un honorario de origen profesional, resulta razonable ya que es en el preciso momento de la percepción cuando el profesional recibe concretamente los honorarios y, entonces, se encuentra en condiciones de pagar el aporte correspondiente. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

16. No se vulnera el principio de irretroactividad de la ley tributaria, ya que la entrada en vigencia de la ley ocurrió en forma previa al momento en que se configuró el hecho imponible, que es la percepción de los honorarios. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

17. Resulta desacertada la invocación de una presunta violación de los principios de legalidad —y su derivado principio de certeza— e inviolabilidad de la propiedad, cuando existe una ley formal que crea el tributo y determina expresa y razonablemente el aspecto temporal del hecho imponible. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

18. El ámbito temporal de aplicación del aporte regulado en el art. 62, inc. 1º, está dado por la reglamentación de la ley 1181 que fuera aprobada por resol. 004-A/05 de la Asamblea de Representantes de CASSABA, y que carece de toda validez, por lo que cabe hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

19. La ley 1181 no confirió a ninguno de los órganos de la Caja de Seguridad Social para Abogados aptitud para reglamentar la ley en un rango equivalente al de un decreto que solo pudo emitir el Jefe de Gobierno. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

20. CASSABA excedió el marco establecido en la ley 1181 al reglamentarla del modo y con la extensión que lo hizo, pues esa ley no confiere (ni hubiese podido hacerlo por razones de índole constitucional) a ninguno de sus órganos atribuciones para ello, de modo que obró con prescindencia de los marcos institucionales fijados por el orden constitucional vigente en la Ciudad. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. n° 5775/08 - 7/7/2008

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. El señor Osvaldo A. Prato interpuso, en los términos del art. 99 de la ley local 1181 y de los arts. 5º y 8º de la ley local 189, recurso judicial directo a fin de decidir el reclamo formulado ante la Caja de Seguridad de Abogados de la Ciudad

Autónoma de Buenos Aires (CASSABA) en relación a las sumas que le retuvieron, con la pretensión de que se intime a la demandada antes mencionada a devolver dichas sumas.

Sostuvo que el día 29 de abril del 2005 cobró en el Banco Ciudad varios cheques emitidos por el Juzgado en lo Comercial N° 4, Secretaría N° 8 y librados en causas iniciadas en los años 2002 y 2003 contra Multicanal S.A., en concepto de honorarios que fueron devengados con fecha anterior a la entrada en vigencia de la ley local 1181 (ocurrida el 1º/1/2005).

La entidad bancaria le retuvo en cada uno de los cobros el 5% previsto en el art. 62, inc. 1º, de la ley citada, por un importe total de $ 11.182,55. A raíz de ello, interpuso ante CASSABA el reclamo por la devolución de las sumas retenidas, por considerar que los honorarios —desde el momento en que fueron devengados— forman parte del patrimonio del letrado, razón por la cual una ley tributaria —que entró en vigencia con posterioridad— no puede modificar su integración y situación jurídica: ello constituiría un supuesto de retroactividad y, por tanto, una lesión del derecho de propiedad del letrado.

El letrado recurrente manifiesta que, al momento de iniciar la demanda, CASSABA no se había expedido sobre su reclamo (fs. 1/5).

2. La Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad rechazó el recurso interpuesto, con costas por su orden (fs. 76/86).

3. El accionante interpuso recurso de inconstitucionalidad contra dicha sentencia (fs. 89/95 vta.), con el fundamento ya aclarado.

Con mayor desarrollo, el recurrente se agravia porque la sentencia apelada: *a)* viola los principios constitucionales en materia tributaria dispuestos en el art. 51 de la CCBA: irretroactividad, legalidad, igualdad, interdicción de confiscar, equidad y certeza; *b)* "...no hace más que aplicar retroactivamente la ley 1181 (vigente desde el 1/1/2005) a honorarios *devengados* (e incluso regulados) con anterioridad a la entrada en vigencia de la misma"; *c)* disminuye sus honorarios (en $ 11.182,55), pues el importe había quedado incorporado a su patrimonio con mucha anterioridad a la entrada en vigencia de la ley; *d)* no tuvo en cuenta el carácter alimentario de los honorarios profesionales; *e)* ni siquiera se expidió respecto del art. 3º del Cód. Civil; y *f)* entiende que el momento generador del hecho imponible no es un tema que le competa analizar pues está fuera de la órbita judicial. Aduce también que de la circunstancia de que la ley exprese que el aporte debe calcularse sobre los honorarios percibidos no surge que ésta haya fijado el hecho imponible en su dimensión temporal, sino sólo en cuanto a su base imponible, evitando de ese modo que el abogado desembolse una suma de dinero sobre un honorario simplemente devengado y no percibido. Por último, agrega que a su parte —vencedora del proceso iniciado contra Multicanal S.A.— se le retuvo el aporte previsto en el art. 62, inc. 1º, de la ley local 1181; en tanto a Multicanal S.A. —condenada en costas— no se le requirió que ingresara el importe a que se refiere el inc. 2º de la norma citada, y así se provoca una situación de desigualdad con el vencido.

El demandado contestó el traslado del recurso (fs. 103/114) y, a su turno, la Cámara de Apelaciones lo declaró admisible (fs. 116 y vta.).

4. El señor Fiscal General Adjunto, en su dictamen, propició declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad (fs. 128/130 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad ha sido correctamente concedido, pues fue interpuesto en el tiempo y la forma que marca la ley (conf. art. 28 de la ley 402), se dirige contra una sentencia definitiva y plantea efectivamente un caso constitucional.

El punto central a determinar remite, en principio, a la aplicación al caso de las retenciones previstas por la ley local 1181 y pregunta, con especial remisión a los hechos del caso, si ello importa un supuesto de retroactividad de la vigencia de la ley respecto del hecho imponible, lesivo de la garantía constitucional de la propiedad. En tal sentido, resulta necesario dilucidar si el momento establecido por el legislador para considerar que se configura el hecho imponible —que genera la obligación de pagar el aporte previsto en el art. 62, inc. 1º, de la ley local 1181— vulnera la garantía de seguridad jurídica que establece la irretroactividad de la aplicación de leyes tributarias, a consecuencia del principio de reserva de ley (*legalidad*), y como emanación de la inviolabilidad de la propiedad. Así explicado el caso, se acoja o se rechace finalmente la pretensión del actor —esto es, se opine de uno u otro modo en la solución del caso, conforme a sus datos de hecho—, no me cabe duda alguna acerca de que se ha puesto en juego reglas superiores del ordenamiento jurídico, establecidas tanto en la C.N. como en la CCBA, con la pretensión de que no se aplique una disposición legislativa local —fundante de la sentencia recurrida—, infraconstitucional, que lesiona aquellos principios de orden superior y se resuelva el caso de modo inverso, favorable a los intereses del recurrente.

Quizás, de modo más sencillo, el caso puede exponerse de la siguiente manera: para el actor y recurrente debe tenerse en cuenta, para decidir el caso, el momento en que los honorarios fueron devengados, esto es, el momento en el cual fueron realizadas las tareas profesionales; ya a partir de ese momento los honorarios forman parte del patrimonio del letrado con carácter de "derecho adquirido", y su integración no puede ser alterada por normas jurídicas sancionadas con posterioridad (el caso de la ley local 1181); manda la fecha de realización de la actividad profesional (la *causa* de los honorarios) y no el momento de la *regulación* o de la *percepción.* La Cámara de Apelaciones, en cambio, considera que el hecho imponible que da lugar al aporte se configura con la *percepción* de los honorarios, tal como surge de los propios términos del art. 62, inc. 1º, de la ley local 1181 —que menciona la *percepción* de los honorarios, y no alude al momento de *devengarlos* o de su *regulación*—; para ese tribunal, el criterio elegido resulta racional en la medida en que el patrimonio del abogado será concretamente incidido en el momento de

cobrar sus honorarios y no se verá afectado cuando realiza su tarea o se efectúa la regulación por ella.

Por lo demás, el abogado Prato manifiesta que el criterio seguido por la Cámara lesiona los derechos y principios constitucionales de razonabilidad, inviolabilidad de la propiedad, seguridad, legalidad e igualdad (fs. 89/100 vta.) y precisamente en la lesión a tales principios, conforme a lo explicado, funda el planteo constitucional.

2. Ya he expuesto que, con una interpretación favorable para los obligados y admisible para estos casos, "las prestaciones previsionales son contribuciones que, en una clasificación extensiva, pueden ingresar a la materia tributaria". Así lo sostuve en mi voto en la causa "Fornasari, Norberto Fabio c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 4911/06, sent. del 18/4/2007. Con tal interpretación puede aceptarse también que ellas están sometidas a los principios señalados por el art. 51, CCBA, entre los que cabe señalar a la garantía de la *irretroactividad* de la ley tributaria.

El proceso que culmina con la percepción de los honorarios por la labor desarrollada por el profesional de la abogacía permite señalar, al menos, tres momentos: *a)* la prestación profesional, *b)* la regulación judicial y *c)* el cobro.

La ley local 1181, fijó como hecho imponible la *percepción* de los honorarios, hecho de verificación instantánea. Él establece legítimamente, entonces, quizás de modo implícito pero de manera indudable, la base imponible y, a la vez, el momento preciso en el que debe considerarse acaecido el hecho sujeto a contribución previsional (para el caso, el momento en el que opera la transmisión del dominio de la suma regulada por honorarios profesionales del Banco girado al bolsillo del contribuyente; en menos palabras, el momento del pago). En efecto, el art. 62, de la ley local 1181, en lo pertinente, establece que "La Caja cuenta, a los fines de su financiamiento, con los siguientes recursos: *1.* Un aporte del cinco por ciento (5 %) de todo honorario de origen profesional que *perciban* los afiliados...".

En el caso, no se ve vulnerado el *principio de irretroactividad de la ley tributaria*: la ley entró en vigencia el 1°/1/2005 y el hecho imponible establecido por la ley ocurrió con posterioridad, el 29/4/2005, momento en el cual fueron percibidos los honorarios por el letrado recurrente.

En verdad, el planteo no ataca la aplicación retroactiva de la ley que, como he señalado, no ha sucedido en la realidad, sino que pretende la *ultra-actividad* de la situación anterior a la vigencia de la ley. Dicho en otros términos: pretende que la exigencia abstracta y general de aportar a la CASSABA, eventualmente existente al momento de la actividad profesional realizada y de la regulación practicada (tal determinación no resulta importante para el caso), persista con la calidad de hecho imponible concreto hasta un período en el que ya rige una ley que exige contribuciones por la percepción real de los honorarios correspondientes a aquella actividad. Eduardo Novoa Monreal —me emociona nombrarlo en esta sentencia— señala que en estos casos el pasado "al igual que el Cid, triunfaría después de muerto", aunque ello esté "en contra de los intereses colectivos representados por la ley

nueva y vigente" (*El derecho como obstáculo al cambio social*, 8ª ed., Siglo XXI, México, 1986, p. 172).

Resuelto el punto, las otras menciones a reglas y principios constitucionales lesionados —cuya lesión, en realidad, depende de aquella examinada no sólo en el caso, sino, antes bien, como consecuencia explicativa del principio— resultan obvias y podrían evitarse en razón de brevedad. Me referiré, por ello, tan sólo sintéticamente a ellas.

3. La decisión de la ley de establecer la percepción de los honorarios como hecho imponible no vulnera por sí misma la garantía de la propiedad, que el recurrente considera afectada por la disminución de la suma neta percibida por él a raíz del aporte retenido por el Banco girado, depositado a favor de CASSABA.

Es cierto que el actor adquirió el derecho a percibir los honorarios regulados con anterioridad a la vigencia de la ley, en la suma fijada. Pero ese derecho no se extiende hasta el punto de preservar la suma regulada de la imposición —por una ley posterior a la regulación pero anterior al cobro—de obligaciones tributarias o cuasi-tributarias, establecidas para financiar el sistema previsional, de raíz constitucional, del que el propio actor resultará beneficiario. La legitimidad de esa afectación no vulnera la noción de derecho adquirido (que no puede considerarse un *bill* de indemnidad previsional o fiscal), ni lo dispuesto por el art. 3° del Cód. Civil en cuanto establece que las leyes se aplican "aun a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes", entre las que cabe considerar, sin mayor hesitación, a la percepción —posterior a la ley— de los honorarios generados con anterioridad a la vigencia de la ley local 1181.

4. Descartada la existencia de una afectación a la garantía de la inviolabilidad de la propiedad y la aplicación retroactiva de la ley que decidió el caso, cuya lesión es consecuencia del principio anterior mencionado, toca analizar si el criterio escogido por el legislador es razonable y válido o, por lo contrario, arbitrario y lesivo de los principios constitucionales invocados por el recurrente.

Al recurrente sólo le parece razonable que el hecho imponible sea fijado por la realización de los trabajos profesionales, causa de los honorarios, y descalifica la decisión legislativa de seleccionar como tal a la percepción o al cobro de los honorarios.

En verdad, en qué momento fueron devengados y en cuál regulados los honorarios no resulta relevante para determinar el hecho imponible. Cualquiera que sea su valor y trascendencia en el crédito que de esas situaciones se originen para el abogado, tales aspectos no limitan el ejercicio de la potestad del Estado para determinar, legislativamente, las obligaciones de naturaleza fiscal o las contribuciones semejantes con destino a un sistema de previsión social. La relación crediticia, de carácter sinalagmático, vinculada con los honorarios no constituye la base que determina cuál es el hecho imponible y cuál el momento en que se perfecciona la obligación tributaria, pues esta última tiene en miras principios de derecho público ajenos a aquella relación. La potestad del Estado local en materia previsional no

se subordina a la relación crediticia en materia de honorarios, de índole de derecho privado, para establecer los elementos del hecho sujeto a tributación. Basta con señalar, para ejemplificar la falta de correspondencia recíproca entre una y otra obligación, que no toda actuación profesional da derecho a honorarios y que no todos los honorarios son percibidos por los profesionales beneficiados por las regulaciones. Basta también con indicar que esa posición es la regla en materia tributaria, porque pagamos impuestos (ganancias) por aquello que percibimos y, por lo contrario, no los pagamos por aquello que merecemos.

Del proceso que, como dije antes, se integra con la prestación profesional, la regulación judicial de los honorarios y su cobro por el abogado, el legislador ha considerado relevante para determinar el hecho imponible (en su materialidad y en su momento temporal) la percepción del honorario. El recurrente no ha logrado demostrar por qué razón la elección efectuada discrecionalmente por el Poder Legislativo era irrazonable o lesiona alguna otra garantía constitucional. La preferencia del actor recurrente por vincular la ley de jubilaciones con otros momentos relativos a los honorarios profesionales, no resulta suficiente para descalificar la pauta establecida por la ley.

5. Como lógica derivación de lo apuntado precedentemente, también resulta desacertada la invocación que efectúa el recurrente acerca de una presunta violación de los *principios de legalidad* y su derivado *principio de certeza,* toda vez que, como ya lo expresé, existe una ley formal que crea el aporte y determina razonablemente el aspecto material y temporal del hecho gravado.

6. Finalmente, la lesión del principio de igualdad que el recurrente denuncia, a consecuencia de no haber tratado la norma del mismo modo al pago de la contribución prevista en el art. 62, inc. 2º, de la ley local 1181 y al aporte previsto en el art. 62, inc. 1º (ver fs. 90 y vta.) no resulta suficientemente fundada por quien pretende la invalidez de un acto estatal (legislativo) a cuyo favor obra la presunción de legitimidad: el agravio carece de fundamentos que expliquen por qué razón ambas situaciones deben ser consideradas equiparables para determinar el aspecto temporal de los respectivos hechos imponibles. La carencia de un agravio constitucional seriamente expuesto, con un desarrollo suficiente de esta cuestión, acorde con la máxima consecuencia que el recurrente pretende, deja sin sustento a la tacha (conf. ley local 402 [de procedimientos ante el TSJBA], art. 30).

7. De acuerdo a las consideraciones que anteceden, corresponde rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el abogado Osvaldo A. Prato e imponerle las costas del recurso (art. 62, CCAyT).

El juez José O. Casás dijo:

1. Adhiero al voto de mi colega el doctor Julio B. J. Maier, en el sentido de que si bien el recurso de inconstitucionalidad cumple con los requisitos formales establecidos en los arts. 27 y 28 de la ley 402 y ha sido, por tanto, correctamente concedido por la Cámara, no puede prosperar.

2. El letrado Osvaldo Prato cuestionó en su recurso la decisión de la Sala I de la Cámara que entendió que el criterio de gravar los honorarios de los abogados afiliados a CASSABA al momento de su percepción (conf. art. 62, inc. 1º, de la ley 1181) no afectaba los principios constitucionales en materia tributaria consagrados en el art. 51 de la CCBA y, en particular, el de irretroactividad. El recurrente sostuvo en su intento de poner en crisis la sentencia que ella no hacía más que aplicar retroactivamente la ley 1181 a honorarios devengados (e incluso regulados) con anterioridad a su entrada en vigencia —operada el 1º/1/2005—, lo cual causaba una disminución considerable en un valor que había quedado incorporado a su patrimonio con mucha anterioridad a dicha fecha, y que la ley, al establecer que el cálculo del aporte debía efectuarse sobre los honorarios percibidos, en realidad lo que hacía era establecer la base imponible y no la dimensión temporal del hecho imponible. En síntesis, propugnó que el criterio que debía seguirse era el del devengamiento y no el de la percepción.

3. Creo oportuno señalar que no todo honorario regulado se alcanza a percibir. Ello, a menudo, sucede por la insolvencia de la parte condenada en costas y, en algunos otros casos, por la de la parte que se patrocina habida cuenta de los supuestos de solidaridad para el pago de los estipendios. Por lo demás, el mero devengamiento, e incluso la regulación, no implica tener una suma líquida y disponible para el cobro.

4. Por otra parte, valga remarcar que las soluciones sobre el perfeccionamiento del hecho imponible y la obligación de pago del tributo pueden ser diversas. Así en el impuesto al valor agregado, en una situación afín a la tratada en autos, se dispone en el art. 5º, inc. b) apart. 4, como excepción a la regla general, que cuando se trate *de casos en los que la contraprestación deba fijarse judicialmente o deba percibirse a través de cajas forenses, o colegios o consejos profesionales..., el hecho imponible se perfeccionará con la percepción, total o parcial del precio, o en el momento en que el prestador o locador haya emitido factura, el que sea anterior*. A su vez, el art. 62, inc. 1 de la ley 1181 de creación de CASSABA define a texto expreso: *La Caja cuenta, a los fines de su financiamiento, con los siguientes recursos: 1) Un aporte del cinco por ciento (5 %) de todo honorario de origen profesional que* perciban *los afiliados* (el énfasis ha sido añadido).

Es que si bien el legislador puede optar por sustraer del campo imposicional ingresos que han tenido, total o parcialmente, título o causa anterior a la entrada en vigencia de una norma, ello no es lo que ocurrió en el caso, lo que no cabe tampoco presumir. Más aún, hacer una interpretación exorbitante del principio de irretroactividad implicaría la imposibilidad de gravar periódicamente de futuro una riqueza ya existente al momento de creación del tributo en cabeza del contribuyente propietario de un bien raíz (v. gr., contribución inmobiliaria o tasas territoriales) aunque los pagos se reclamen por ejercicios posteriores a los de entrada en vigencia del gravamen o del incremento de su tarifa.

Es decir, en realidad de lo que se trata en el presente caso no es de un supuesto de aplicación retroactiva de la norma, es más, ni siquiera se configura un caso de lo que una buena parte de la doctrina denomina *retroactividad impropia* —conf. Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re:* "Eduardo A. Sambrizzi v. Nación Argentina (Dirección General Impositiva)", sent. del 31/10/1989, *Fallos,* 312:2078—. La pretensión de la recurrente apunta, más bien, a extender ultraactivamente una situación de dispensa sobre sus honorarios, a pesar de que el perfeccionamiento del hecho imponible acaece —se perfecciona— con la percepción, situación que en este caso concreto se produjo después de la entrada en vigencia de la ley 1181.

Los breves razonamientos formulados precedentemente, así como los desarrollos concordantes efectuados en su voto por el señor juez de trámite y los vertidos en la anterior instancia en el voto del juez Horacio G. A. Corti, me llevan a pronunciarme por el rechazo del recurso de inconstitucionalidad.

Costas a la vencida (art. 62 del CCAyT).

Así lo voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Coincido con el doctor Julio B. J. Maier en que el recurso de inconstitucionalidad fue correctamente concedido y, por los motivos que desarrollaré a continuación, también coincido en que corresponde confirmar la sentencia de Cámara.

2. Como señala mi colega Maier (y en igual sentido se expidió la Cámara), la circunstancia de que el legislador haya optado por gravar los honorarios de los profesionales afiliados a CASSABA al momento de su percepción no acarrea, a diferencia de lo que entiende el recurrente, una violación al principio de "irretroactividad" receptado por el art. 51 de la CCBA. Ello así, porque el hecho gravado, en el caso, la percepción por parte del actor de sus honorarios, ocurrió o se completó con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 1181.

Por lo demás, el recurrente no indica que dicha elección temporal le haya irrogado una carga que no encuentre correlato con sus beneficios futuros. Sin perjuicio de ello, vale la pena señalar que el sistema concebido en los términos descriptos en el párrafo que antecede no resulta *prima facie* incoherente. Ello así, puesto que si bien grava trabajos realizados con anterioridad a que el régimen que instauró la ley 1181 comenzara a ser obligatorio, si éstos son cobrados con posterioridad a dicho suceso (situación en la que se encuentra el actor), en consonancia con ello, los honorarios que perciban una vez eliminados de la matrícula profesional para gozar del beneficio de la caja no estarían sujetos a contribución alguna aun cuando, obviamente, corresponderían a trabajos ejecutados con carácter previo al cese de los servicios, esto es, un lapso que se computa como período de aportes (arg. arts. 5º, 15 y 62, inc. 1º de la ley). Acerca de esta cuestión no corresponde profundizar, atento que, tal como señalé, no se ha formulado un planteo con relación a dicho punto. A su vez, la ley prevé un tope máximo por sobre el cual ningún afiliado está obligado a aportar. Dicho límite viene dado por el monto que deben ingresar, por año, los profesionales que se encuentren en la máxima categoría que

contempla el sistema (conf. art. 71), es decir, 960 *lex* previsionales (lo que equivale a $ 9.600, conf. resol. 001-A/04 de la Asamblea de Representantes de CASSABA). Si los aportes de un afiliado superaran esos valores durante el transcurso de dicho período, la ley prevé: *i)* que puedan acreditar dicha circunstancia ante la caja para que les expida un certificado mediante el cual podrán evitar que le efectúen durante el resto de ese período nuevas retenciones; *ii)* que las retenciones que hayan excedido el mencionado monto sean computadas como aportes correspondientes al año siguiente al que esté en curso; y, finalmente, *iii)* que de exceder dichos aportes el monto máximo del año próximo, ese excedente sea reintegrado al profesional (conf. art. 71). Con este mecanismo, el legislador prevé compensar desequilibrios sensibles. De esas cuestiones no se hizo cargo la parte recurrente.

3. En cuanto al planteo relativo a la violación del principio de igualdad que el recurrente desarrolla sobre la base de los distintos momentos escogidos por el legislador para tener por configuradas las obligaciones previstas en los, incs. 1º y 2º del art. 62 de la ley 1181 (en el primer caso, al momento de su percepción y, en el segundo, sobre todo honorario profesional regulado u homologado a partir del 1°/1/2005), adhiero a las consideraciones vertidas por el doctor Maier en el punto 6 de su voto.

Por lo expuesto, y habiendo dictaminado el Fiscal General Adjunto, voto por rechazar el recurso de inconstitucionalidad deducido a fs. 89/95. Costas a la vencida.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. Adhiero a la solución y los fundamentos del voto del doctor Maier, excepto en lo referido a la imposición de costas.

2. Como lo dije en "Luchinsky, Rubén Osvaldo c/CASSABA y otros s/otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apel. s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. n° 5776/08, resolución del mismo día en que ésta se suscribe, el legislador debe fijar un *exacto y preciso momento* en el que debe considerarse realizado, configurado o perfeccionado el hecho imponible, aun cuando ello implique recurrir a la ficción jurídica, ya que ese "preciso momento" es fundamental para una serie de cuestiones relativas a la aplicación de la ley tributaria, entre las que se encuentra el problema de la retroactividad (Villegas, Héctor B.: *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario,* 7ª ed. ampl. y actualiz., Depalma, Buenos Aires, 1998, pp. 278/279).

De la lectura del art. 62 de la ley 1181, se desprende que el legislador decidió *expresamente* supeditar el nacimiento de la obligación tributaria al acaecimiento de la percepción del honorario. No se refiere ni al devengamiento ni a la regulación del honorario, sino a su percepción.

Por lo tanto, la obligación de pagar el aporte previsto en el art. 62, inc. 1º de la ley 1181 se origina a partir de un *hecho imponible de carácter simple y de verificación instantánea: la percepción de un honorario de origen profesional.* Es en ese único y preciso momento en que nace la obligación de pagar el mencionado aporte.

A los fines de este tributo específico, no interesa cuándo fueron devengados y regulados los honorarios, cuestiones que pueden tener relevancia jurídica en cuanto al "derecho al honorario", pero no en lo relativo a la "obligación de pagar el aporte del art. 62, inc. 1º de la ley 1181", ya que —a pesar de la confusión del recurrente— se trata de dos obligaciones distintas que poseen causas, objetos y sujetos diferentes.

Este criterio resulta *razonable* ya que es en el preciso momento de la percepción cuando el profesional recibe concretamente los honorarios y, entonces, se encuentra en condiciones de pagar el aporte correspondiente.

Por otra parte, en el caso concreto tampoco se vulnera el *principio de irretroactividad de la ley tributaria,* ya que la entrada en vigencia de la ley (1°/1/2005) ocurrió en forma previa al momento en que se configuró el hecho imponible, es decir cuando fueron percibidos los honorarios (29/4/2005).

Como lógica consecuencia de lo concluido precedentemente, podemos afirmar que también resulta desacertada la invocación de una presunta violación de los *principios de legalidad —y su derivado principio de certeza— e inviolabilidad de la propiedad,* toda vez que existe una ley formal que crea el tributo y determina expresa y razonablemente el aspecto temporal del hecho imponible.

A mayor abundamiento, aun cuando consideráramos que el hecho imponible de autos reviste naturaleza compleja y verificación periódica, la conclusión a la que arribé anteriormente no se modifica en absoluto. Si entendemos que el hecho imponible comienza con la realización de trabajos profesionales, abarca la regulación de los honorarios y culmina con la percepción de los mismos, lo cual involucra un proceso complejo y de cierta duración en el tiempo, el legislador debe determinar un momento preciso en el que debe tenerse por perfeccionado el hecho imponible. Y como hemos visto anteriormente, el momento que eligió el legislador es el "final" del proceso: la "percepción" del honorario.

Y por último, en cuanto a la presunta violación del principio de igualdad (ver fs. 104 y vta.), este agravio no está desarrollado con la seriedad y claridad requeridas, ya que no fundamenta por qué dos situaciones jurídicas distintas —el pago de la contribución prevista en el art. 62, inc. 2º de la ley 1181, y el aporte previsto en el art. 62, inc. 1º de la misma ley— deben ser tratadas por la ley 1181 de la misma manera, o en otras palabras, no expresa los fundamentos de hecho y de derecho que tornan equiparables a ambas situaciones a los efectos de determinar el momento en que se configura el hecho imponible.

3. Por todo lo expuesto, voto por rechazar el recurso de inconstitucionalidad, con costas por su orden atento que el recurrente podría razonablemente haberse considerado con razón para litigar (conf. art. 62, párr. 2°, CCAyT).

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad deducido a fs. 89/95 vta. por el señor Osvaldo A. Prato fue correctamente concedido por la Sala I y corresponde hacerle lugar por las razones que expongo a continuación.

2. Tal como indica la Cámara en el auto interlocutorio que concede el recurso, "la actora señala a fs. 89, pto. II, el agravio constitucional que, a su entender, representa el aceptar la validez de la ley 1181; de la misma manera, menciona la afectación de los derechos consagrados en los arts. 16 (fs. 90, pto. II e) 17 y 18 (fs. 89, pto. II a y b) de la C.N. y los arts. 12 y 13 (fs. 89, pto. II a) y 51 (fs. 91, pto. V) de la CCBA y expone en su escrito que la sentencia recurrida ocasiona un perjuicio a sus derechos de propiedad e igualdad ante la ley" (fs. 116 y vta.).

El recurrente aduce que la sentencia impugnada:

a) Viola los principios constitucionales en materia tributaria dispuestos en el art. 51, CCBA, a saber: irretroactividad, legalidad, igualdad, no confiscatoriedad, equidad y certeza (fs. 91 vta.).

b) Aplica retroactivamente la ley 1181 (vigente desde el 1º/1/2005) a honorarios devengados y regulados con anterioridad a su entrada en vigencia vulnerando su derecho adquirido a percibir los honorarios y, por ende, su derecho de propiedad protegido por los arts. 17 de la C.N. y 12, inc. 5º de la CCBA (fs. 91 vta./92).

3. Tal como dijera en el precedente "Lalo, Aarón c/Caja de Seguridad para Abogados de la CABA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 5355/07, sent. del 12/3/2008, el ámbito temporal de aplicación del aporte regulado en el art. 62, inc. 1º, que determina el agravio del recurrente, está dado por la reglamentación de la ley 1181 que fuera aprobada por resol. 004-A/05 de la Asamblea de Representantes de CASSABA, y que carece de toda validez.

En efecto, en autos "Fornasari, Norberto Fabio c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido (expte. nº 4911/06)", a cuyos fundamentos me remito, sostuve que "la ley 1181 no confirió a ninguno de los órganos de la entidad creada aptitud para reglamentar la ley en un rango equivalente al de un decreto que solo pudo emitir el Jefe de Gobierno. (...) Una lectura atenta del art. 120 de la ley muestra que las facultades de la Asamblea de CASSABA están orientadas a la puesta en marcha, organización interna y funcionamiento operativo de la institución. Esos son los límites legales que no incluyen, ni podrían hacerlo, la sustitución del Poder Ejecutivo local en materia de reglamentación de la ley". En consecuencia, allí sostuve que "CASSABA excedió el marco establecido en la ley 1181 al reglamentar del modo y con la extensión que lo hiciera, [puesto que] (...) la ley 1181 no confiere (ni hubiese podido hacerlo por razones de índole constitucional) a ninguno de los órganos de CASSABA atribuciones para reglamentar ese texto legal. (...) Al reglamentar la ley, CASSABA ha obrado con prescindencia de los marcos institucionales fijados por el orden constitucional vigente en la Ciudad".

Desde esta perspectiva, entonces, corresponde resolver la cuestión en favor del recurrente.

5. Con apoyo en las consideraciones que anteceden voto por admitir el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el señor Osvaldo A. Prato a fs. 89/95 vta. Costas a la vencida.

Por ello, emitido el dictamen por el Fiscal General Adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de inconstitucionalidad planteado por el señor Osvaldo A. Prato, con costas.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva el expediente a la Sala interviniente.

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

Expte. n° 5776/08 - 7/7/2008

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. El señor Rubén Osvaldo Luchinsky interpuso, en los términos del art. 99 de la ley 1181 y de los arts. 5º y 8º de la ley 189, recurso judicial directo a fin que se resuelva el reclamo formulado ante la Caja de Seguridad de Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CASSABA) en relación a las sumas que le retuvieron, y se intime a la demandada a devolver dichas sumas.

Sostuvo que los días 1º, 16 y 17 de mayo del 2005 cobró en el Banco Ciudad varios cheques emitidos por el Juzgado en lo Comercial N° 8, Secretaría N° 8 y librados en causas iniciadas en los años 2002 y 2003 contra Multicanal, en concepto de honorarios que fueron devengados con fecha anterior a la entrada en vigencia de la ley 1181 (ocurrida el 1/1/2005).

La entidad bancaria le retuvo en cada una de las libranzas el 5 % previsto en el art. 62, inc. 1º de la ley 1181, por un monto total de $ 9.746,80, y a raíz de ello efectuó ante CASSABA el reclamo por la devolución de las sumas retenidas, por considerar que los honorarios, desde el momento de su devengamiento, forman parte del patrimonio del letrado y no puede una ley tributaria que entró en vigencia con posterioridad modificar su composición porque ello constituiría un supuesto de retroactividad violatorio del derecho de propiedad.

Sostiene que al momento de iniciar la demanda, CASSABA no se había expedido sobre su reclamo (fs. 1/5 y 7/9).

2. La Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad rechazó el recurso interpuesto, con costas por su orden (fs. 80/89 vta.).

3. El accionante interpuso recurso de inconstitucionalidad contra dicha sentencia (fs. 99/107), que fue contestado por el demandado (fs. 115/143) y declarado admisible por la Cámara (fs. 145 y vta.).

4. El señor Fiscal General Adjunto, en su dictamen, propició declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad (fs. 157/159).

FUNDAMENTOS:

La jueza ANA MARÍA CONDE dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad ha sido correctamente concedido, ya que fue interpuesto en legal tiempo y forma (conf. art. 28 de la ley 402), se dirige contra una sentencia definitiva y plantea adecuadamente un caso constitucional.

En efecto, el cuestionamiento del recurrente a la sentencia de Cámara obliga a expedirse sobre el alcance de los principios constitucionales de inviolabilidad de la propiedad, legalidad e irretroactividad tributaria, particularmente sobre si la aplicación al caso de la ley 1181 ha significado o no un supuesto de retroactividad.

2. En el presente proceso se ventilaron dos posturas contrapuestas sobre cuál es el momento temporal en que se configura, verifica o perfecciona el hecho imponible que genera la obligación de pagar el aporte previsto en el art. 62, inc. 1º de la ley 1181, que pueden resumirse de la siguiente manera:

- El actor sostiene que hay que tener en cuenta el momento en que los honorarios fueron devengados, es decir cuándo se realizaron las tareas profesionales, ya que a partir de ese momento los honorarios forman parte del patrimonio del letrado con carácter de "derecho adquirido", y su composición no puede ser alterada por normas sancionadas con posterioridad (como sería el caso de la ley 1181). O en otras palabras, a tal efecto importa la *causa* de los honorarios, y no la *regulación* o *percepción.*
- El voto mayoritario de la Cámara considera que el hecho imponible que da lugar al aporte, se configura o perfecciona recién con la percepción del honorario, tal como surge de los propios términos del art. 62, inc. 1º de la ley 1181 —que se refiere a la *percepción* de los honorarios, y no a su devengamiento o regulación—, criterio que resulta racional en la medida en que el abogado será concretamente incidido no al momento de realizar una tarea o de efectuarse una regulación no efectivizada, sino en el momento de percibir el honorario.

La recurrente manifiesta que el criterio seguido por la Cámara viola los derechos y principios constitucionales de razonabilidad, inviolabilidad de la propiedad, seguridad, legalidad e igualdad (fs. 99/100 vta.), pero, como veremos a continuación, ello no es así.

3. El aporte previsto en el art. 62, inc. 1º de la ley 1181 posee naturaleza tributaria, y pertenece a la categoría de "contribuciones de la seguridad social", en

tanto constituye un recurso recaudado por la Caja Jubilatoria de Abogados porteños —persona jurídica de derecho público *no estatal*— para asegurar su financiamiento autónomo. Por lo tanto, se le aplican los principios que, en materia tributaria, han sido consagrados por el constituyente local en el art. 51, CCBA.

Uno de estos principios es el de irretroactividad de la ley tributaria, íntimamente ligado al principio de inviolabilidad de la propiedad privada, según el cual la ley debe ser anterior al hecho escogido por ella para hacer nacer la obligación tributaria, porque en el momento en que se configura este hecho imponible es cuando el contribuyente incorpora un derecho a su patrimonio. O en otras palabras, la ley tributaria no puede aplicarse a situaciones concluidas con anterioridad a su entrada en vigencia (conf. Spisso, Rodolfo R.: *Derecho constitucional tributario,* 2° ed., actualiz. y ampl., Depalma, Buenos Aires, 2000, pp. 307/309). De allí la importancia de determinar en qué momento se debe considerar configurado el hecho imponible.

El *aspecto temporal del hecho imponible* indica el momento exacto en el que se configura, o debe tenerse por configurado según el legislador, el hecho o situación que genera la obligación tributaria. Pero determinar este momento no siempre es sencillo, ya que pueden darse distintos supuestos que dificulten la tarea, y que están relacionados con la estructura que presente el presupuesto de hecho:

- Por un lado, el hecho imponible puede consistir en una circunstancia de hecho que se configura en un preciso instante —hecho imponible de "verificación instantánea"—, o abarcar un determinado proceso que se desarrolla en el tiempo —hecho imponible de "verificación periódica".
- Por el otro lado, el hecho imponible puede consistir en un único hecho o situación descripta por la ley —hecho imponible "simple"—, o bien comprender distintos hechos o situaciones concatenados —hecho imponible "complejo".

Pero en cualquiera de estos casos, el legislador debe fijar un *exacto y preciso momento* en el que debe considerarse realizado, configurado o perfeccionado el hecho imponible, aun cuando ello implique recurrir a la ficción jurídica, ya que ese "preciso momento" es fundamental para una serie de cuestiones relativas a la aplicación de la ley tributaria, entre las que se encuentra, como hemos visto, el problema de la retroactividad (Villegas, Héctor B.: *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario,* 7ª ed. ampl. y actualiz., Depalma, Buenos Aires, 1998, pp. 278/279).

4. Sentado lo expuesto, debemos determinar cuándo se configura el hecho imponible que hace nacer la obligación de efectivizar el aporte previsto en el art. 62, inc. 1º de la ley 1181.

En primer lugar, debemos analizar la norma legal aplicable a los efectos de determinar cuál ha sido el criterio escogido expresa o implícitamente por el legislador, ya que le compete a él, en virtud del principio de legalidad tributaria, determinar el aspecto temporal del hecho imponible.

El art. 62 de la ley 1181, en lo pertinente, establece que "La Caja cuenta, a los fines de su financiamiento, con los siguientes recursos: *1.* Un aporte del cinco por ciento (5 %) de todo honorario de origen profesional que *perciban* los afiliados..." (el destacado no está en el original).

De la lectura de esta norma se desprende que el legislador decidió *expresamente* supeditar el nacimiento de la obligación tributaria al acaecimiento de la percepción del honorario. No se refiere ni al devengamiento ni a la regulación del honorario, sino a su percepción.

5. Ya sabemos cuál ha sido el criterio escogido por el legislador, ahora debemos analizar si es válido o, por el contrario, arbitrario y lesivo de los principios constitucionales invocados por la recurrente.

a) La obligación de pagar el aporte previsto en el art. 62, inc. 1º de la ley 1181 se origina a partir de un *hecho imponible de carácter simple y de verificación instantánea: la percepción de un honorario de origen profesional.* Es en ese único y preciso momento en que nace la obligación de pagar el mencionado aporte.

A los fines de este tributo específico, no interesa cuándo fueron devengados y regulados los honorarios, cuestiones que pueden tener relevancia jurídica en cuanto al "derecho al honorario", pero no en lo relativo a la "obligación de pagar el aporte del art. 62, inc. 1º de la ley 1181", ya que —a pesar de la confusión del recurrente— se trata de dos obligaciones distintas que poseen causas, objetos y sujetos diferentes.

Pues bien, y coincidiendo con el claro y fundado voto mayoritario de la Cámara, el criterio resulta *razonable* ya que es en el preciso momento de la percepción cuando el profesional recibe concretamente los honorarios y, entonces, se encuentra en condiciones de pagar el aporte correspondiente.

Por otra parte, en el caso concreto tampoco se vulnera el *principio de irretroactividad de la ley tributaria,* ya que la entrada en vigencia de la ley (1°/1/2005) ocurrió en forma previa al momento en que se configuró el hecho imponible, es decir cuando fueron percibidos los honorarios (1º, 16 y 17/5/2005).

Como lógica consecuencia de lo concluido precedentemente, podemos afirmar que también resulta desacertada la invocación de una presunta violación de los *principios de legalidad —y su derivado principio de certeza— e inviolabilidad de la propiedad,* toda vez que existe una ley formal que crea el tributo y determina expresa y razonablemente el aspecto temporal del hecho imponible.

b) A mayor abundamiento, aun cuando consideráramos que el hecho imponible de autos reviste naturaleza compleja y verificación periódica, la conclusión a la que arribé anteriormente no se modifica en absoluto.

Si entendemos que el hecho imponible comienza con la realización de trabajos profesionales, abarca la regulación de los honorarios y culmina con la percepción de los mismos, lo cual involucra un proceso complejo y de cierta duración en el

tiempo, el legislador debe determinar un momento preciso en el que debe tenerse por perfeccionado el hecho imponible. Y como hemos visto anteriormente, el momento que eligió el legislador es el "final" del proceso: la "percepción" del honorario.

c) Por último, en cuanto a la presunta violación del principio de igualdad (ver fs. 104 y vta.), este agravio no está desarrollado con la seriedad y claridad requeridas, ya que no fundamenta por qué dos situaciones jurídicas distintas —el pago de la contribución prevista en el art. 62, inc. 2º de la ley 1181, y el aporte previsto en el art. 62, inc. 1º de la misma ley— deben ser tratadas por la ley 1181 de la misma manera, o en otras palabras no expresa los fundamentos de hecho y de derecho que tornan equiparables a ambas situaciones a los efectos de determinar el momento en que se configura el hecho imponible.

6. Por todo lo expuesto, voto por rechazar el recurso de inconstitucionalidad, con costas por su orden atento que el recurrente podría razonablemente haberse considerado con razón para litigar (conf. art. 62, párr. 2°, CCAyT).

El juez JULIO B. J. MAIER dijo:

1. Me adhiero al voto de mi colega, la doctora Ana María Conde, pues, como juez de trámite, ya me expresé en el mismo sentido en "Prato, Osvaldo c/CASSA-BA y otros s/otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apel. s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. n° 5775/08, resolución del mismo día en que ésta se suscribe y, básicamente, con los mismos argumentos.

Sintéticamente expuesto, el hecho imponible al que alude el art. 62, inc. 1º de la ley local nº 1181, y que satisface el principio de legalidad, aplicable también a estas contribuciones previsionales, consiste en la *percepción* del honorario profesional. De este modo, si el proceso que culmina con la percepción de los honorarios por la labor desarrollada por el profesional de la abogacía permite señalar, al menos, tres momentos: *a)* la prestación profesional, *b)* la regulación judicial y *c)* el cobro, corresponde señalar entonces que la ley local 1181 fija como hecho imponible la *percepción* de los honorarios —hecho de verificación instantánea—. La norma mencionada establece, de manera inequívoca, la hipótesis de incidencia y, a la vez, el momento preciso en el que debe considerarse acaecido el hecho sujeto a contribución previsional (para el caso, el momento en el que opera la transmisión del dominio de la suma regulada por honorarios profesionales del Banco girado al bolsillo del contribuyente, esto es, el momento del pago). En efecto, el art. 62, inc. 1º de la ley local 1181, en lo pertinente, establece que "La Caja cuenta, a los fines de su financiamiento, con los siguientes recursos: *1.* Un aporte del cinco por ciento (5 %) de todo honorario de origen profesional que *perciban* los afiliados..." (énfasis suplementado).

De tal manera, triunfa la tesis contraria a la sostenida por el actor en torno al momento en el cual debe valorarse como retroactiva la aplicación de una ley. Conforme lo explica la señora jueza de trámite, ese momento es posterior a la

vigencia de la ley, razón por la cual no es posible calificar la retención del aporte como un supuesto de 'aplicación retroactiva'.

2. En la sentencia mencionada *supra*, yo resolví imponer las costas al actor y no hallo diferencia alguna con este caso, esto es, una diferencia que sustente el criterio conforme al cual el recurrente, razonablemente, creyó en el posible triunfo de su derecho litigioso. Por lo contrario, ya el tribunal de mérito había rechazado el recurso judicial directo interpuesto por el señor Luchinsky, debido a los claros términos en que está redactado el texto que determina con precisión el hecho imponible (ver, especialmente, fs. 87 y 89 vta.). En razón de ello, las costas del recurso deben imponerse al actor (art. 62, CCAyT).

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Coincido con la doctora Ana María Conde en que el recurso de inconstitucionalidad fue correctamente concedido. Pero, por los motivos que desarrollo a continuación corresponde confirmar la sentencia de Cámara.

2. Tal como señala mi colega (y en igual sentido se expidió la Cámara), la circunstancia de que el legislador haya optado por gravar los honorarios de los profesionales afiliados a CASSABA al momento de su percepción no acarrea, a diferencia de lo que entiende el recurrente, una violación al principio de 'irretroactividad' receptado por el art. 51 de la CCBA. Ello así, porque el hecho gravado, en el caso, la percepción por parte del actor de sus honorarios, ocurrió o se completó con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 1181 (1º/1/2005).

Por lo demás, el recurrente no indica que dicha elección temporal le haya irrogado una carga que no encuentre correlato con sus beneficios futuros. Sin perjuicio de ello, vale la pena señalar que el sistema concebido en los términos descriptos en el párrafo que antecede no resulta *prima facie* incoherente. Ello así, puesto que si bien grava trabajos realizados con anterioridad a que el régimen que instauró la ley 1181 comenzara a ser obligatorio, si éstos son cobrados con posterioridad a dicho suceso (situación en la que se encuentra el actor), en consonancia con ello, los honorarios que perciban una vez eliminados de la matrícula profesional para gozar del beneficio de la caja no estarían sujetos a contribución alguna aun cuando, obviamente, corresponderían a trabajos ejecutados con carácter previo al cese de los servicios, esto es, un lapso que se computa como período de aportes (arg. arts. 5º, 15 y 62, inc. 1º de la ley). Acerca de esta cuestión no corresponde profundizar, atento que, tal como señalé, no se ha formulado un planteo con relación a dicho punto. A su vez, la ley prevé un tope máximo por sobre el cual ningún afiliado está obligado a aportar. Dicho límite viene dado por el monto que deben ingresar, por año, los profesionales que se encuentren en la máxima categoría que contempla el sistema (conf. art. 71), es decir, 960 *lex* previsionales (lo que equivale a $ 9.600, conf. resol. 001-A/04 de la Asamblea de Representantes de CASSABA). Si los aportes de un afiliado superaran esos valores durante el transcurso de dicho período, la ley prevé: *i)* que puedan acreditar dicha circunstancia ante la caja para que les expida

un certificado mediante el cual podrán evitar que le efectúen durante el resto de ese período nuevas retenciones; *ii)* que las retenciones que hayan excedido el mencionado monto sean computadas como aportes correspondientes al año siguiente al que esté en curso; y, finalmente, *iii)* que de exceder dichos aportes el monto máximo del año próximo, ese excedente sea reintegrado al profesional (conf. art. 71). Con este mecanismo, el legislador prevé compensar desequilibrios sensibles. De todo lo cual no se hizo cargo la parte recurrente.

3. En cuanto al planteo relativo a la violación del principio de igualdad que el recurrente desarrolla sobre la base de los distintos momentos escogidos por el legislador para tener por configuradas las obligaciones previstas en los, incs. 1º y 2º del art. 62 de la mencionada ley (en el primer caso, al momento de su percepción y, en el segundo, sobre todo honorario profesional regulado u homologado a partir del 1°/1/2005), adhiero a las consideraciones vertidas por la doctora Conde en el punto 5.c) de su voto.

Por lo expuesto, y habiendo dictaminado el Fiscal General Adjunto voto por rechazar el recurso de inconstitucionalidad deducido a fs. 99/107. Costas a la vencida.

El juez José O. Casás dijo:

1. Adhiero al voto de mi colega la doctora Ana María Conde, en el sentido de que si bien el recurso de inconstitucionalidad cumple con los requisitos formales establecidos en los arts. 27 y 28 de la ley 402 y ha sido, por tanto, correctamente concedido por la Cámara, no puede prosperar.

2. El letrado Rubén Osvaldo Luchinsky cuestionó en su recurso la decisión de la Sala I de la Cámara que entendió que el criterio de gravar los honorarios de los abogados afiliados a CASSABA al momento de su percepción (conf. art. 62, inc. 1º, de la ley 1181) no afectaba los principios constitucionales en materia tributaria consagrados en el art. 51 de la CCBA y, en particular, el de irretroactividad. El recurrente sostuvo en su intento de poner en crisis la sentencia que ella no hacía más que aplicar retroactivamente la ley 1181 a honorarios devengados (e incluso regulados) con anterioridad a su entrada en vigencia —operada el 1º/1/2005—, lo cual causaba una disminución considerable en un valor que había quedado incorporado a su patrimonio con mucha anterioridad a dicha fecha, y que la ley, al establecer que el cálculo del aporte debía efectuarse sobre los honorarios percibidos, en realidad lo que hacía era establecer la base imponible y no la dimensión temporal del hecho imponible. En síntesis, propugnó que el criterio que debía seguirse era el del devengamiento y no el de la percepción.

3. Creo oportuno señalar que no todo honorario regulado se alcanza a percibir. Ello, a menudo, sucede por la insolvencia de la parte condenada en costas y, en algunos otros casos, por la de la parte que se patrocina habida cuenta de los supuestos de solidaridad para el pago de los estipendios. Por lo demás, el mero

devengamiento, e incluso la regulación, no implica tener una suma líquida y disponible para el cobro.

4. Por otra parte valga remarcar que las soluciones sobre el perfeccionamiento del hecho imponible y la obligación de pago del tributo pueden ser diversas. Así en el impuesto al valor agregado, en una situación afín a la tratada en autos, se dispone en el art. 5º, inc. b) apart. 4, como excepción a la regla general, que cuando se trate *de casos en los que la contraprestación deba fijarse judicialmente o deba percibirse a través de cajas forenses, o colegios o consejos profesionales..., el hecho imponible se perfeccionará con la percepción, total o parcial del precio, o en el momento en que el prestador o locador haya emitido factura, el que sea anterior*. A su vez, el art. 62, inc. 1º de la ley 1181 de creación de CASSABA define a texto expreso: *La Caja cuenta, a los fines de su financiamiento, con los siguientes recursos: 1) Un aporte del cinco por ciento (5 %) de todo honorario de origen profesional que* perciban *los afiliados* (el énfasis ha sido añadido).

Es que si bien el legislador puede optar por sustraer del campo imposicional ingresos que han tenido, total o parcialmente, título o causa anterior a la entrada en vigencia de una norma, ello no es lo que ocurrió en el caso, lo que no cabe tampoco presumir. Más aún, hacer una interpretación exorbitante del principio de irretroactividad implicaría la imposibilidad de gravar periódicamente de futuro una riqueza ya existente al momento de creación del tributo en cabeza del contribuyente propietario de un bien raíz (v. gr. contribución inmobiliaria o tasas territoriales) aunque los pagos se reclamen por ejercicios posteriores a los de entrada en vigencia del gravamen o del incremento de su tarifa.

Es decir, en realidad de lo que se trata en el presente caso no es de un supuesto de aplicación retroactiva de la norma, es más, ni siquiera se configura un caso de lo que una buena parte de la doctrina denomina *retroactividad impropia* —conf. CSJN *in re:* "Eduardo A. Sambrizzi v. Nación Argentina (Dirección General Impositiva)", sent. del 31/10/1989, *Fallos,* 312:2078—. La pretensión de la recurrente apunta, más bien, a extender ultraactivamente una situación de dispensa sobre sus honorarios, a pesar de que el perfeccionamiento del hecho imponible acaece —se perfecciona— con la percepción, situación que en este caso concreto se produjo después de la entrada en vigencia de la ley 1181.

Los breves razonamientos formulados precedentemente, así como los desarrollos concordantes efectuados en su voto por la señora jueza de trámite y los vertidos en la anterior instancia en el voto del juez Horacio G. A. Corti, me llevan a pronunciarme por el rechazo del recurso de inconstitucionalidad.

Costas a la vencida (art. 62 del CCAyT).

Así lo voto.

La jueza ALICIA E. C. RUIZ dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad deducido a fs. 99/107 por el señor Rubén Osvaldo Luchinsky fue correctamente concedido por la Sala I y corresponde hacerle lugar por las razones que expongo a continuación.

2. Tal como indica la Cámara en el auto interlocutorio que concede el recurso, "la actora señala a fs. 99 pto. II, el agravio constitucional que, a su entender, representa el aceptar la validez de la ley 1181; de la misma manera, menciona la afectación de los derechos consagrados en los arts. 16 (fs. 100, pto. II e) 17 y 18 (fs. 99, pto. II a y b) de la C.N. y los arts. 12 y 13 (fs. 99, pto. II a) y 51 (fs. 101, pto. V) de la CCBA y expone en su escrito que la sentencia recurrida ocasiona un perjuicio a sus derechos de propiedad e igualdad ante la ley" (fs. 145 y vta.).

El recurrente aduce que la sentencia impugnada:

a) Viola los principios constitucionales en materia tributaria dispuestos en el art. 51, CCBA, a saber: irretroactividad, legalidad, igualdad, no confiscatoriedad, equidad y certeza (fs. 101 vta.).

b) Aplica retroactivamente la ley 1181 (vigente desde el 1º/1/2005) a honorarios devengados y regulados con anterioridad a su entrada en vigencia vulnerando su derecho adquirido a percibir los honorarios y, por ende, su derecho de propiedad protegido por los arts. 17 de la C.N. y 12, inc. 5º de la CCBA (fs. (101 vta./102).

3. Tal como dijera en el precedente "Lalo, Aarón c/Caja de Seguridad para Abogados de la CABA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 5355/07, sent. del 12/3/2008, el ámbito temporal de aplicación del aporte regulado en el art. 62, inc. 1º, que determina el agravio del recurrente, está dado por la reglamentación de la ley 1181 que fuera aprobada por resol. 004-A/05 de la Asamblea de Representantes de CASSABA, y que carece de toda validez.

En efecto, en autos "Fornasari, Norberto Fabio c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido (expte. nº 4911/06)", a cuyos fundamentos me remito, sostuve que "la ley 1181 no confirió a ninguno de los órganos de la entidad creada aptitud para reglamentar la ley en un rango equivalente al de un decreto que solo pudo emitir el Jefe de Gobierno. (...) Una lectura atenta del art. 120 de la ley muestra que las facultades de la Asamblea de CASSABA están orientadas a la puesta en marcha, organización interna y funcionamiento operativo de la institución. Esos son los límites legales que no incluyen, ni podrían hacerlo, la sustitución del Poder Ejecutivo local en materia de reglamentación de la ley". En consecuencia, allí sostuve que "CASSABA excedió el marco establecido en la ley 1181 al reglamentar del modo y con la extensión que lo hiciera, [puesto que] (...) la ley 1181 no confiere (ni hubiese podido hacerlo por razones de índole constitucional) a ninguno de los órganos de CASSABA atribuciones para reglamentar ese texto legal. (...) Al reglamentar la ley, CASSABA ha obrado con prescindencia de los marcos institucionales fijados por el orden constitucional vigente en la Ciudad".

Desde esta perspectiva, entonces, corresponde resolver la cuestión en favor del recurrente.

5. Con apoyo en las consideraciones que anteceden voto por admitir el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el señor Rubén Osvaldo Luchinsky a fs. 99/107. Costas a la vencida.

Por ello, emitido el dictamen por el Fiscal General Adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de inconstitucionalidad planteado por el señor Rubén Osvaldo Luchinsky, con costas.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva el expediente a la Sala interviniente.

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

CLIII

"PELACOFF, LISA PAOLA C/GCBA Y OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO" Y SU ACUMULADO EXPTE. N° 5854/08 "GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN 'PELACOFF, LISA PAOLA C/GCBA Y OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCBA)'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Caso constitucional. AMPARO: Naturaleza. Caracteres. Idoneidad. CONCURSOS: Designación de funcionario. Omisión de la Administración. Atribución del Poder Ejecutivo. Principio de división de poderes. Tutela judicial efectiva. AMPARO POR MORA DE LA ADMINISTRACIÓN: Procedencia. Caracteres. DERECHO ADQUIRIDO: Derecho de propiedad.

SUMARIOS:

1. Corresponde admitir el recurso de queja respecto de la interpretación del art. 14 de la CCBA, que regula la vía del amparo, pues el demandado la ha planteado desde el comienzo de la contienda, solicitando que se lo considere inadmisible por no concurrir los presupuestos constitucionales que tornan legítimo prescindir de los procedimientos que corresponden, de conformidad con la pretensión ejercida. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

2. La posibilidad de que los jueces efectúen la designación de una agente del Poder Ejecutivo, o, de forma oblicua, impongan el contenido del acto administrativo que ordenan dictar, vulnera las atribuciones constitucionales del Poder Ejecutivo en esta materia (art. 104, CCBA), cuando no se trata de una omisión material de la Administración en satisfacer una prestación legal o reglamentaria establecida que los jueces puedan ordenar cumplir en un sentido determinado, sino de un supuesto de omisión formal (no dictar el acto administrativo) en un procedimiento administrativo. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

3. Cuando en un procedimiento administrativo la Administración incurre en la omisión formal de no dictar el acto correspondiente, la conciliación del principio

de la división de poderes con el derecho a la tutela judicial efectiva se resuelve mediante el amparo por mora, para que la Administración se expida expresamente, y por la técnica del silencio negativo, para que el particular pueda considerar denegado su derecho y reclamar judicialmente su resguardo. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier)*.

4. La situación de quienes superan las pruebas selectivas y no pueden ser nombrados funcionarios por falta de vacantes presupuestarias, confiere a los vencedores una expectativa de ingreso o de nombramiento cuya consecuencia directa es que, en principio, no puede designarse a otra persona en ese cargo sobre la base de ese concurso, mientras el postulante mantenga su interés en el nombramiento y el cargo exista en la estructura administrativa. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

5. Superadas las pruebas selectivas en el proceso interno de selección para el cargo, no existe un derecho a ser designado que los jueces puedan, válidamente, resguardar mediante el amparo, ni resulta manifiesta una conducta ilegítima de la administración que no sea su propia mora en resolver la expectativa. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

6. La vía del amparo no es idónea para resolver la omisión del Gobierno de la Ciudad de dictar el acto administrativo de quien quedó en el primer lugar en el orden de mérito establecido en el proceso interno de selección y ha limitado tanto la actividad probatoria de las partes en relación con la cobertura presupuestaria para efectuar la designación solicitada, como la posibilidad de decisión del Tribunal. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

7. El amparo no constituye un procedimiento judicial genérico y electivo, a gusto del actor, que suplante o reemplace los procedimientos específicos reglados; supone en cambio la evidencia inicial de la ilegitimidad del acto u omisión y el daño grave e inminente a un derecho constitucional o legal que deba ser restablecido de inmediato. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

8. El amparo por mora de la Administración configura un proceso judicial tendiente a obtener una orden judicial que imponga a la Administración el deber de expedirse expresamente en un plazo razonable que la sentencia debe establecer, atendiendo a la naturaleza y complejidad del acto a emitir y de los trámites pendientes, previo verificar el vencimiento de los plazos para el dictado del acto administrativo en cuestión. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

9. La petición de la actora, canónicamente calificada como “amparo por mora”, que puede ser tramitada en la jurisdicción local por la vía reglada en el art. 14, CCBA, ante la falta de regulación específica de ese instituto en la legislación procesal de la Ciudad (LPA, CCAyT, LA) y el reconocimiento por parte del GCBA del GCBA del vencimiento de los plazos para dictar el acto administrativo correspondiente al proceso de selección del cargo concursado, habilita a los jueces ordenar a la Administración que se expida, sin más, a través del dictado del acto pertinente en el plazo de quince días, que debe notificarse a la actora en el plazo y forma establecidos por la LPA. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier. En sentido concordante ver voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

10. Si bien ha quedado acreditada la mora de la Administración en el dictado del acto administrativo vinculado con el proceso de selección interna del cargo público concursado, el contenido de ese acto no puede ser fijado por el Poder

Judicial, porque el inc. 9º del art. 104, CCBA dispone que es el Jefe de Gobierno quien nombra a los funcionarios y agentes de la administración. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

11. La única posición jurídica consolidada de quien concursó un cargo público en un proceso de selección interna se identifica exclusivamente con su derecho a la conclusión del procedimiento y, por consiguiente, al dictado del acto administrativo que disponga el cierre del trámite de selección, sin que de ello derive ningún otro derecho a su designación que, en el contexto de caso, es de resorte exclusivo de la Administración. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

12. Si bien la determinación de la admisibilidad del amparo como vía de acceso a la justicia es una cuestión de índole procesal, por tanto ajena como regla a esta instancia, la intervención del Tribunal procede cuando las consecuencias de preterir las vías ordinarias se proyectan en la sentencia definitiva. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

13. Definir cuándo una persona incorpora una situación a su patrimonio con las características del derecho de propiedad es tarea que compete al legislador y cumplidos los recaudos del supuesto previsto por la normativa, el derecho otorgado goza del resguardo que contempla la cláusula constitucional. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

14. La designación de una persona como agente de la administración constituye una función propia de ella y, por ende, ajena a la justicia. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

15. La vía procesal del amparo no es idónea para el estudio y discusión sobre preceptos legales dirimentes para resolver la pretensión de que se dicte un acto administrativo para el cierre del proceso de selección de un cargo público, porque se necesita un debate del que surja cuál es la extensión del derecho que el régimen legal aplicable acuerda en la situación planteada. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

16. Por regla, las decisiones de los jueces se expiden sobre la existencia y alcance de derechos protegidos por el ordenamiento, esto es, de aquellos medios que el sistema pone en manos de los particulares, y no imponiendo directamente el ejercicio de competencias atribuidas a los órganos que ejercen el poder público en nombre de toda la comunidad. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

17. El proceso regulado del amparo no opera como cauce residual y para que prevalezca basta con que no sea menos idóneo que otros remedios conforme los presupuestos contemplados en el art. 14 de la CCBA, resultando datos esenciales en ese marco a la hora de decidir si se justifica o no limitar el debate, la evolución del daño en función del tiempo y el carácter manifiesto de la ilegitimidad o la arbitrariedad del acto u omisión impugnados para apreciar si la restricción impacta de modo sensible en el ejercicio concreto de la defensa del demandado. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

18. La emisión de una orden judicial de pronto despacho dirigida a la Administración exige determinados recaudos entre los que se encuentra la existencia de un debate en que las partes hayan tenido ocasión de ejercer su derecho de defensa y la posibilidad de expedirse en relación con los antecedentes indispensables para el análisis de un amparo por mora.

19. En el seno del proceso de amparo coexisten la necesidad de restablecer con celeridad garantías que el actor dice conculcadas y la de respetar el derecho de defensa de la parte demandada. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

20. En orden a su idoneidad del amparo, el proceso de amparo debe resultar adecuado para la clase de debate que requiere la cuestión sometida a decisión judicial y la sentencia debe, como principio, poder restablecer al accionante en el goce del derecho que se muestra conculcado por un obrar manifiestamente ilegítimo o arbitrario. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

21. El amparo queda desnaturalizado si no se despeja suficientemente el debate en torno a la existencia o inexistencia del derecho reclamado. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

22. Cabe admitir el recurso de queja que expresa, suficientemente, razones de índole constitucional al cuestionar la interpretación y aplicación del art. 14, CCBA y vincular el fundamento del planteo con cuestiones relacionadas con el debido proceso legal y el derecho de defensa en juicio. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

23. El análisis de la vía procesal elegida por la actora para encauzar su pretensión resulta indiferente, ya que su objeto, que consiste en obtener judicialmente el nombramiento en el cargo concursado, no es susceptible de ser ordenado a la Administración por el Poder Judicial, por lo que corresponde rechazar el amparo interpuesto. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

24. Si bien no ha quedado demostrado que le asista a la amparista un derecho que permita ordenar judicialmente a la Administración para que dicte en su favor el acto de nombramiento en el cargo, sí posee un derecho a que la Administración le asigne el cargo por el que ha concursado, en caso de que resuelva efectivamente cubrirlo y el procedimiento de selección apuntado mantenga su vigencia. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

Expte. nº 5860/08 - 7/7/2008

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La señora Lisa Paola Pelacoff promovió acción de amparo contra el GCBA (en adelante: GCBA) tendiente a que se le ordene dictar un acto administrativo que la designe en carácter interino en el cargo de Psicóloga de Planta del Área Programática, profesional asistente, escalafón general de la Carrera Profesional Grupo D, Clase 3, Función 758, con treinta horas semanales, en el Centro de Salud y Acción Comunitaria, CESAC n° 1, Hospital General de Agudos "Doctor José María Penna". Fundó su pretensión en el hecho de haber resultado calificada en primer lugar en el orden de mérito establecido en el proceso interno de selección convocado por la Dirección del Hospital mediante disposición 2932-HGAP/05, en el marco de la resol. 812-SS/05. La actora sostuvo que sobre la base del orden de mérito del concurso la Subdirección del Hospital solicitó su designación en el cargo a la Dirección

de Recursos Humanos de la Secretaría de Salud, el 25/9/2005, quien requirió a la Dirección General de la Oficina de Gestión Pública y Presupuesto que informara si existía posibilidad presupuestaria para efectuar la designación. La actora afirmó que esa fue la última actuación que impulsó el procedimiento, razón por la cual se encontraría vencido el plazo de 90 días establecido por la reglamentación (ordenanza 41455/86, art. 10.6) para efectuar la designación correspondiente (fs. 1/7 vta.).

El GCBA contestó la demanda y se opuso a su admisibilidad y procedencia. Consideró que el plazo para interponer el amparo había caducado, que la demora en incoar la acción demostraba la falta de urgencia objetiva exigible para el amparo, que el plazo establecido en la ordenanza 41.455 no es perentorio, que de su incumplimiento no se derivan derechos para la actora, que vencer en un concurso sólo da una expectativa y no un derecho a obtener la designación, que la demora en el pronunciamiento administrativo se fundó en la necesidad de obtener información sobre la existencia de partida presupuestaria vigente, que no existió una conducta u omisión arbitraria o manifiestamente ilegal de la Administración, que la admisión de la demanda vulneraría las atribuciones propias y excluyentes del jefe de gobierno (arts. 102 y 104, CCBA), pues conduciría a la creación judicial del cargo (fs. 63/67).

La jueza de primera instancia hizo lugar a la demanda y ordenó al GCBA que "provea a la designación de la amparista en el cargo concursado dictando el acto administrativo pertinente dentro del plazo de 10 días, debiendo acompañar copia a autos, con costas". Ella afirmó en la sentencia que la omisión de la autoridad administrativa en efectuar la designación resultaba ilegítima, pues en la causa y en las actuaciones administrativas no han sido acreditadas las razones que justifiquen la falta de nombramiento de la actora. La jueza restó entidad al argumento referido a la falta de partida presupuestaria invocada por el GCBA, al considerar que no hubo un pronunciamiento expreso de la Administración en ese sentido; también tuvo en consideración la falta de respaldo normativo para la invocada necesidad de verificar la existencia de disponibilidad presupuestaria en un concurso que había sido realizado en el año 2005, momento en el cual se contaba con la previsión de los recursos necesarios para lograr tal finalidad; la magistrada consideró también, en último término, que la imputación presupuestaria realizada al comienzo del procedimiento de selección debió ser reprogramada en los siguientes ejercicios, mientras el cargo no fuera suprimido (fs. 174/177).

2. El GCBA apeló la sentencia (fs. 178/181). Cuestionó la admisibilidad de la demanda por haber vencido el plazo establecido por el art. 4º de la ley local 2145 (ley de amparo) para incoar el amparo y por no presentarse un supuesto de manifiesta ilegitimidad en la actuación administrativa que justifique acudir a esa vía. El Gobierno se consideró también agraviado por valorar que la sentencia incurrió en exceso de jurisdicción al ordenar la designación de una agente, en desmedro de las atribuciones discrecionales y excluyentes del Poder Ejecutivo en esa materia. Reiteró que no existe un derecho de la actora que merezca tutela judicial ya que la circunstancia de haber sido calificada en primer lugar en el orden de mérito del concurso no genera en forma automática la vacante ni impone la designación del

concursante. Destacó que la existencia de partida presupuestaria es un requisito ineludible para efectuar la designación, y que por el carácter anual del presupuesto ellas dejan de existir el 31 de diciembre de cada año.

La parte actora contestó los agravios y solicitó el rechazo de la apelación (fs. 187/189 vta.).

La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo y Tributario, con el voto en mayoría de los jueces Eduardo Russo y Mabel Daniele, rechazó el recurso y confirmó la sentencia apelada (fs. 197/201).

El tribunal sostuvo que "la inexistencia de presupuesto para la designación pretendida nunca fue comunicada con certeza a la actora ni se observa de manera acabada en autos. Esta indeterminación en la comunicación de la falta de uno de los requisitos de formación del acto de designación, torna al daño que justifica la vía como de continua actualidad", razón por la cual la demanda había sido planteada en tiempo oportuno.

En cuanto a la cuestión de fondo, la Sala afirmó que "A través del informe 10549-DGDRH/07 la demandada respondió a un requerimiento del juzgado de grado, informando que la Dirección de la Oficina de Gestión Pública y Presupuesto no habilitó la designación por ausencia de partida presupuestaria". Agregó que la resol. 0812-SS/05 —por la que se autorizó a los directores generales de varios hospitales de la Ciudad a convocar a concurso cerrado interno para la designación de profesionales en carácter de interino hasta la provisión titular por concurso público de antecedentes— expresó, en sus considerandos, la existencia de la necesidad de contar con más profesionales "en base a la creciente demanda de las prestaciones" y que "se han efectuado las previsiones presupuestarias pertinentes para financiar las horas a cubrir, en el ejercicio vigente". La Sala concluyó que "en su origen, los cargos a concursarse contaban con partida presupuestaria expresamente otorgada, por lo que cabe afirmar que el requisito del art. 9º del dec. 736/04, que exige la intervención de la Oficina de Gestión Pública y Presupuesto, a los fines de establecer la existencia de reflejo presupuestario para el cargo que se concursa, fue debidamente cumplido al momento de delegar la convocatoria a los concursos (...) La falta de presupuesto que con posterioridad alegó la demandada carece en cambio en autos del mismo respaldo, pues no se encuentra fundada ni expresamente consignada en las presentes actuaciones, como sí lo fue la aprobación original de las partidas (...) Las presentes actuaciones apenas aluden a una devolución del expediente administrativo realizada por el área pertinente que, de manera aparentemente tácita, implicaría la inexistencia de la partida necesaria".

Sobre tal base consideró "un comportamiento arbitrario de la demandada [al] haber llevado adelante un proceso amplio de selección (ver Anexo de fs. 51) que desde su convocatoria contaba con reflejo presupuestario suficiente, para luego paralizar toda designación por la posterior ausencia de las partidas de rigor. Máxime cuando esta ausencia, contrariamente a lo ocurrido con la efectiva presencia original, en modo alguno se encuentra fundada, ni comunicada efectivamente a la interesada, ni acreditada fehacientemente en autos. Fundada, en este caso, significa argumentada suficientemente en relación a la provisión de cargos que, transcurrido

un determinado ejercicio, oportunamente fueron declarados de necesidad por la ex Secretaría de Salud, en virtud de una creciente demanda de atención médica especializada. En otras palabras, en el presente caso se trata de una denuncia de falta de presupuesto que anula un proceso de selección realizado a los fines de perfeccionar el servicio de salud y que, a tal efecto, contó expresamente con el presupuesto necesario. Atendiendo a sus objetivos, y no existiendo motivos de peso explícitos que justifiquen la desaparición de partidas oportunamente aprobadas, se configura en autos el supuesto de arbitrariedad manifiesta que afecta el derecho de la actora, quien se sometió a un proceso selectivo que en modo alguno difirió la aprobación presupuestaria para el momento en que el orden de mérito se hallara establecido, sino que, al contrario, declaró su existencia al propio tiempo que expresaba la necesidad para el servicio de salud de ampliar la planta de diversos hospitales de la Ciudad".

En su disidencia el juez Esteban Centanaro puso de resalto el informe 10549-DGDRH/07 que el GCBA contestó a requerimiento del juzgado de primera instancia, en el que se hizo saber que la Dirección de la Oficina de Gestión Pública y Presupuesto no habilitó la designación por ausencia de partida presupuestaria. Agregó que la regulación de las designaciones establecida por el dec. 736/04 en su art. 9° expresa que "en forma previa a cualquier designación, debe darse intervención a las Direcciones Generales de Recursos Humanos y a la Oficina de Gestión Pública y Presupuesto. Esta última, a fin de certificar que el nombramiento ha producirse cuente con el necesario reflejo presupuestario". Destacó, además, que "nunca se dictó el acto administrativo de nombramiento, toda vez que —como se informa a fs. 102/103— no se cuenta con la partida presupuestaria. Así las cosas, no se han cumplido con todos los recaudos necesarios para la adquisición del derecho a desempeñar el cargo al que aspira la actora, toda vez que no ha existido acto de nombramiento por falta de partida presupuestaria (...) Dentro de las amplias facultades con que cuenta la Administración en materia de selección y designación de su personal, ella se encuentra limitada por sus disponibilidades presupuestarias y escalafonarias, y, en supuestos como el debatido, en el necesario concurso de selección. Es así que para proceder a la incorporación definitiva de la actora el cargo debe estar vacante y la partida presupuestaria autorizada. Excede la competencia del tribunal disponer la organización administrativa de otro poder del Estado, creando cargos que no existen dentro de la estructura orgánica de la dependencia en cuestión o para los cuales no ha sido asignada una partida presupuestaria. De allí que no tenga incidencia en la solución de la causa la circunstancia de que la actora haya resultado vencedora en el procedimiento de preselección, atento a que participar en un procedimiento de formación de un contrato administrativo no da derecho a la celebración del contrato, sino que el derecho se limita a la regularidad del procedimiento. El interesado no tiene un derecho subjetivo al contrato, sino solo una expectativa que consiste en la posibilidad de adquirir el empleo, si concurren simultánea o sucesivamente varios acontecimientos". A partir de esas consideraciones afirmó que "La falta de designación fundada en la carencia de partida presupuestaria, no resulta ser una actuación de la administración que pueda

ser considerada manifiestamente arbitraria o ilegítima". Aunque reconoció que "en principio, el nombramiento de la actora debería haberse efectuado dentro del aludido lapso [90 días] (...) la postergación de la designación no se revela manifiestamente arbitraria o ilegítima, pues se encuentra justificada por la ausencia de recursos presupuestarios. Debe recordarse, al respecto, que ningún empleo puede otorgarse sin la pertinente previsión presupuestaria, que debe ser efectuada por la Legislatura en ejercicio de las atribuciones que le confiere el art. 80, inc. 12 de la CCBA". Finalmente, el juez disidente dejó a salvo que "en caso de que finalmente se dispusiera cubrir el cargo para el que la actora concursara, deberá serle asignado, en virtud de haber resultado ganadora del concurso respectivo".

3. El GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 204/213), que previa contestación por la parte actora (fs. 217/219 vta.), fue concedido en forma parcial por la Sala II, con el siguiente alcance "...cabe destacar que la recurrente sostiene que en el pleito se ha controvertido la aplicación de artículos contenidos en la Constitución Nacional y en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (arts. 80, inc. 12, 102 y 104, inc. 2º) y que tales normas tienen una relación directa e inmediata con la solución de la causa. 6. Que así las cosas, toda vez que de los términos de la sentencia cuestionada surge que, en lo sustancial, las cuestiones tratadas y decididas versaron sobre los requisitos de formación del acto de designación de agentes y la existencia de aprobación presupuestaria para poder efectuarlo, se encontraría cuestionada en el caso de autos la interpretación de las normas constitucionales precedentemente mencionadas. En consecuencia, corresponde conceder el recurso articulado. 7. Que con respecto a la arbitrariedad alegada (...) más allá de la discrepancia de la recurrente, la decisión cuestionada se presenta debidamente fundada, y por lo tanto corresponde desestimar el recurso en lo que respecta a la arbitrariedad" (fs. 222 y vta.).

Contra la denegatoria parcial del recurso, el GCBA dedujo recurso de hecho —que se acumuló al principal, fs. 262/275— por considerar igualmente configurado un caso constitucional en relación con el apartamiento de las constancias de la causa y la interpretación irrazonable del art. 14 de la CCBA.

4. Requerido el dictamen del Ministerio Público fiscal, el señor Fiscal General Adjunto propició que el Tribunal "admita la queja, haga lugar al recurso de inconstitucionalidad impetrado por la parte demandada y rechace el amparo. En los fundamentos de su dictamen sostuvo que "la interpretación efectuada en autos, por las decisiones de ambas instancias, no se ajustan —en el criterio del suscripto— a la legalidad vigente (...) La conducta de la Administración, que se denuncia en la demanda, no aparece —tal como resulta de lo expuesto— manifiestamente ilegítima o arbitraria, requisito básico para la procedencia del amparo (arts. 43 de la C.N.; 14 de la Constitución local, y 1º de la ley 16.986). // (...) Es decir, no toda pretensión debe necesariamente ser tramitada, sino sólo aquellas que cumplan dichos requisitos, porque de lo contrario, como ocurre en el *sub examine,* se incurre en un dispendio jurisdiccional innecesario, que conduce a un resultado que debió ser conocido desde el inicio —el rechazo de la acción— por un doble orden de razones: la impropo-

nibilidad de su objeto y la inexistencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas de la conducta de la Administración. (...) // Por lo demás, tampoco advierto que la situación apremiante de 'daño actual o inminente' que exigen los arts. 43 de la C.N. y 14 de la Constitución local, se encuentre verificada en el *sub examine.* // La condena impuesta al Gobierno de la Ciudad conlleva, a mi entender, el agravante de que coloca al Poder Judicial en situación de sustituirse en las competencias y atribuciones de otro Poder del Estado. Dicho de otro modo: compromete el principio de división de poderes por invasión judicial sobre prerrogativas propias cuya competencia está reservada a la Administración" (fs. 282/287).

FUNDAMENTOS:

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. El rechazo parcial del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA contra el fallo de Cámara se funda en el rechazo de aplicación al caso de la doctrina de la *arbitrariedad* de la sentencia impugnada, con cita de la doctrina del TSJBA (ver fs. 260 vta., punto 7). En ello reside una confusión que, a decir verdad, instiga el propio recurso del gobierno, que en la queja respectiva insiste en la confusión argumental y, peor aún, complica aún más la comprensión de su recurso al confundir la parte no admitida de su recurso de inconstitucionalidad con aquella que la Cámara, expresamente, resolvió admitir. La confusión que observo depende, en gran medida, de la utilización del sustantivo "arbitrariedad" que, como ya lo he advertido en múltiples sentencias, se utiliza en esta jurisdicción como gentilicio con variados significados que sólo tienen de común la manifestación de un *agravio*, presupuesto propio de los recursos en general. Así las cosas, quien recurre de hecho menciona *arbitrariedad* —entre otros significados que también le concede argumentalmente— a la interpretación distinta, en relación al caso y a la sentencia de la Cámara, de los presupuestos del art. 14 de la CCBA (evidente o manifiesta ilegalidad constitucional) para validar la vía procesal-judicial del amparo; mientras que la Cámara, al rechazar el recurso por inconstitucionalidad —de la interpretación constitucional de esa norma por su sentencia—, se refiere al fundamento expuesto por ella en la sentencia —en todo caso por la mayoría—, de derecho común (infraconstitucional) para arribar a la solución del caso, más allá de la discrepancia interna.

No sin mi auxilio, estimo correcto admitir el recurso alrededor de esta cuestión —la interpretación del art. 14 de la CCBA, que regula básicamente la vía del amparo—, pues ella se viene planteando por el GCBA, el demandado, desde el comienzo de la contienda, tal como ha quedado expuesto en la exposición del caso. Más allá de las confusiones introducidas por el propio recurrente, notables en el rechazo de su recurso, creo que, en primer lugar, no procedo de oficio, pues, como dije, el demandado siempre argumentó alrededor de la inadecuación constitucional de la vía del amparo para tratar judicialmente el caso, y, en segundo lugar, mantuvo esa solución hasta el final, incluso en su recurso, contraria a la afirmación de la Cámara que no tuvo óbice alguno para validar la vía judicial adoptada por el actor.

Por ello, por tratar en el fondo un caso constitucional, corresponde revocar el rechazo del recurso de inconstitucionalidad y abrir la impugnación de la sentencia ante el TSJBA, supuesto que ella ha sido producida en tiempo oportuno y forma adecuada. Ello significa que la queja triunfa y que propongo examinar todos los agravios expuestos por el recurrente.

2. La demanda se funda en el "derecho" que asistiría a la señora Pelacoff a ser designada en el cargo de Psicóloga de Planta del Área Programática, profesional asistente, escalafón general de la Carrera Profesional Grupo D, Clase 3, Función 758, con treinta horas semanales, en el Centro de Salud y Acción Comunitaria, CESAC n° 1, Hospital General de Agudos "Doctor José María Penna", por haber resultado vencedora en el procedimiento acotado de selección —concurso cerrado para cubrir interinamente una vacante— llevado adelante por la Administración, derecho que, entiende ella y las sentencias de las instancias de mérito, debe ser declarado por los jueces ante la carencia del acto administrativo que concluye el concurso mediante su designación.

3. Ha sido correctamente señalado por el señor Fiscal General Adjunto, en su fundado dictamen, que la cuestión así planteada resultaba ya al inicio del proceso improponible. Con otros términos, el GCBA, desde el comienzo de su intervención, ha solicitado que se considere inadmisible el amparo por no concurrir los presupuestos constitucionales que tornan legítimo prescindir de los procedimientos que corresponden, de conformidad con la pretensión ejercida.

La posibilidad de que los jueces efectúen la designación de una agente del Poder Ejecutivo, o, de forma oblicua, impongan el contenido del acto administrativo que ordenan dictar, al señalar que la señora Pelacoff debe ser designada en el plazo que la sentencia fijó, vulnera las atribuciones constitucionales del Poder Ejecutivo en esta materia (art. 104, CCBA), según relata, incluso, el voto en minoría de la sentencia impugnada. No estamos en presencia de una omisión material de la Administración en satisfacer una prestación legal o reglamentariamente establecida que los jueces puedan ordenar cumplir en un sentido determinado, sino ante un supuesto de omisión formal (no dictar el acto administrativo) en un procedimiento administrativo. La conciliación del principio de división de poderes con el derecho a la tutela judicial efectiva se ha resuelto mediante el amparo por mora (para que la Administración se expida expresamente) y por la técnica del silencio negativo (para que el particular pueda considerar denegado su derecho por la Administración y poder así demandar judicialmente su resguardo). De la mera lectura de la demanda surge manifiesto que el pronunciamiento que la actora requirió de los tribunales no podía ser acogido de modo alguno.

No resulta ser un óbice para ello la ausencia de regulación discriminatoria del amparo por mora en la legislación local, ya que el art. 14 de la CCBA permite, igualmente, encuadrar y tramitar esa petición.

De tal manera, lo que la actora podía obtener de la judicatura era, cuanto más, una orden de pronto despacho para que la Administración decidiera el concurso, mas no una indicación sobre el sentido de la decisión. El exceso —en el ejercicio de

la competencia judicial— señalado por el GCBA descalifica la sentencia recurrida y la de primera instancia, que ella confirma.

4. Aunque ello bastaría para revocar el fallo impugnado, conviene que señale que la actora no tiene el derecho a ser designada en el cargo por el hecho de participar e incluso resultar vencedora en un concurso. Ya he expresado esta opinión con mayor detalle en dos sentencias falladas por este Tribunal (ver mi opinión en "Spisso, Rodolfo Roque c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA] s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. n° 1866/02, resolución del 27/11/2002, consid. 2, *a*); reiterada en "Gil Domínguez, Andrés c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 2671/2003, resolución del 20/10/2004). Claro está que ello no niega que la actora pudiera tener otros derechos frente a la Administración, si no fuera finalmente designada, como es reconocido por el propio demandado en su recurso de inconstitucionalidad, cuando afirma "Si entendía que la tardanza de la Administración era excesiva, a su alcance estaba el amparo por mora. De lo contrario, el juicio ordinario con una medida cautelar, y siempre la posibilidad de reclamar indemnización de daños y perjuicios en el supuesto de que la mora administrativa hubiera ocasionado daños" (fs. 209).

La situación de quienes superan las pruebas selectivas y no pueden ser nombrados funcionarios por falta de vacantes presupuestarias, confiere a los vencedores una expectativa de ingreso o de nombramiento cuya consecuencia directa es, como fue señalado por el juez Centanaro y es admitido por el GCBA demandado, que, en principio, no podrá designarse a otra persona en ese cargo sobre la base de ese concurso, mientras la actora mantenga su interés en el nombramiento y el cargo exista en la estructura administrativa.

Lo dicho pone en evidencia que no existía un "derecho a ser designado" que los jueces pudieran, válidamente, resguardar mediante el amparo. Menos aún resulta manifiesta una conducta ilegítima de la administración que no sea su propia mora en resolver la expectativa.

5. Además —y también acierta en ello el GCBA—, la tramitación del proceso bajo la forma de un juicio de amparo, limitó la actividad probatoria de las partes, situación que no fue adecuadamente ponderada en las sentencias de las instancias anteriores.

En efecto, a requerimiento de la jueza de primera instancia, la oficina correspondiente del Poder Ejecutivo informó que carecía de cobertura presupuestaria para efectuar la designación, de acuerdo a la ley de presupuesto del año 2007. No obstante ello, la mayoría de la Sala señaló que la desaparición de la cobertura presupuestaria —que originariamente sí se tenía para efectuar la designación— "en modo alguno se encuentra fundada, ni comunicada efectivamente a la interesada, ni acreditada fehacientemente en autos. Fundada, en este caso, significa argumentada suficientemente en relación a la provisión de cargos que, transcurrido un determinado ejercicio, oportunamente fueron declarados de necesidad por la ex Secretaría de Salud, en virtud de una creciente demanda de atención médica especializada. En otras palabras, en el presente caso se trata de una denuncia de falta de presupuesto

que anula un proceso de selección realizado a los fines de perfeccionar el servicio de salud y que, a tal efecto, contó expresamente con el presupuesto necesario. Atendiendo a sus objetivos, y no existiendo motivos de peso explícitos que justifiquen la desaparición de partidas oportunamente aprobadas, se configura en autos el supuesto de arbitrariedad manifiesta que afecta el derecho de la actora...".

Es claro que los jueces no consideraron que el informe de la Dirección General de Desarrollo de Recursos Humanos de Salud del Ministerio de Salud fuera respaldo suficiente para que el GCBA acredite que no cuenta con cobertura presupuestaria para efectuar la designación. Ahora bien, la falta de acreditación "fehaciente" o la inexistencia de "motivos de peso explícitos" en los que la Cámara considera configurada la arbitrariedad sólo podría ser predicada si se hubiera exigido al GCBA que explicara en el juicio de qué manera elaboró el presupuesto para esa área, por qué razones incluyó o no incluyó la cobertura presupuestaria para esos cargos, qué razones le llevaron a no reprogramar la partida para permitir la designación de la actora en el cargo concursado. Más nada de eso ocurrió, y no podía ocurrir en el sumario marco cognitivo de un proceso de amparo. Y resulta opinable, incluso, que tales explicaciones pudieran requerirse en un proceso ordinario, máxime cuando la determinación del presupuesto se efectúa mediante ley, acto estatal que no exige la motivación de cada uno de sus contenidos.

Aunque llama la atención que la Administración no suprimiera el cargo (creado sobre la base de una necesidad de brindar mayor atención en el servicio público de salud) y, paralelamente, no programara nuevamente su cobertura presupuestaria —circunstancia señalada por la jueza de primera instancia—, la respuesta a ese interrogante y, en su caso, la ponderación de la razonabilidad o irrazonabilidad de la conducta estatal exceden su acreditación y consideración en el marco de un proceso de amparo.

La vía elegida por la parte actora no sólo es inidónea para resolver el conflicto suscitado en esta controversia, sino que, además, limitó la posibilidad de decisión del Tribunal aun en torno al recurso interpuesto. Como ya lo he dicho en casos recientes, no resulta legítimo reemplazar procedimientos judiciales previstos en la ley procesal por el amparo como trámite más sencillo y rápido, teóricamente (ver, p. ej., expte. nº 4809/06, "doctor Ricardo Monner Sanz c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA] s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. n° 4313/05, "Lotería Nacional Sociedad del Estado s/queja por recurso de apelación ordinario denegado en 'doctor Ricardo Monner Sanz c/Instituto de Juegos de apuestas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otros s/otros procesos incidentales'", resolución del 6/10/2006 y expte. nº 4781/06, "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Alonso, Daniel c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA]'", resolución del 30/11/2006, así como en los casos mencionados en los fundamentos de ese voto). Nótese que, de haberse seguido los pasos que la ley procesal exige, habríamos estado frente a la sentencia emanada de un juicio ordinario, con todos los trámites clásicos en este tipo de procedimientos (defensa y prueba) que hubieran definido mucho mejor el litigio planteado por la actora. Al respecto, la vía elegida es particularmente inidónea para resolver problemas como el

que se nos presenta, acerca de la existencia o posibilidad de existencia de cobertura presupuestaria para efectuar una designación.

Repárese también en que el art. 14 de la CCBA abre esta vía "expedita y rápida... siempre que no exista un medio judicial más idóneo...". El amparo no constituye un procedimiento judicial genérico y electivo —a gusto del actor—, que suplante o reemplace a los procedimientos específicos reglados. El amparo supone, en cambio, dos condiciones: en primer lugar, la evidencia inicial de la ilegitimidad del acto u omisión cuestionados y, en segundo lugar, el daño grave e inminente a un derecho constitucional o legal que deba ser restablecido de inmediato. Para decirlo en términos vulgares, se trata de una verificación sencilla e inmediata, según sucede en su pariente, relativo a la libertad locomotiva, el *habeas corpus*, que no tiene por objeto verificar la culpabilidad de alguien en el hecho imputado, sino, por lo contrario, hacer cesar una medida restrictiva de la libertad manifiestamente ilegítima. Esas sencillas constataciones no pueden ser efectuadas en este caso, para admitir la pretensión planteada en la demanda.

Ello sucede tan sólo, según ya lo hemos fundado, en relación a una pretensión menor, incluida o comprendida en aquella planteada inicialmente por el actor: la constatación de la mora de la Administración y la necesidad de resolver el concurso llamado por ella y tramitado por delegación del gobierno.

6. Lo expresado en los puntos precedentes conduce a revocar el fallo recurrido. Ahora bien, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 31, segundo párrafo, de la LPTSJ, procede dictar sentencia ya que no existen razones que justifiquen el reenvío a los tribunales de mérito.

Ya anticipé que la actora podía requerir a la Justicia que ordenara a la Administración expedirse en relación con el procedimiento de selección en el que ella participara (punto 3, último párrafo), mas no una sentencia que determinara el contenido del acto a dictar (su designación). La petición central de la actora "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" ...resulta admisible la solución que propugno (ver votos del juez Lozano en los autos "Paz, Marta y otros c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA] s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. n° 3167/04, sent. del 3/3/2005; y "Nazar, María Cristina y otros c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA] s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. n° 3628/04, sent. del 3/8/2005; y mi propio voto en "Loñ, Carolina y otros c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA] s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. n° 4229/05 y su acumulado expte. n° 4143/05 "Sound Garage S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Loñ, Carolina y otros c/GCBA y otros s/amparo [art. 14, CCBA]'", sent. del 22/2/2006).

Desde esta perspectiva, y tomando en consideración aquello que expresé en el punto 3 precedente, la pretensión de la actora comprende el reclamo dirigido a la Administración para que dicte la resolución final que corresponda en el procedimiento de selección iniciado en el año 2005 para dar cobertura interina al cargo de Psicóloga de Planta del Área Programática, profesional asistente, escalafón general

de la Carrera Profesional Grupo D, Clase 3, Función 758, en el Centro de Salud y Acción Comunitaria, CESAC n° 1, Hospital General de Agudos "Doctor José María Penna", petición canónicamente calificada como "amparo por mora" que, como señalé, bien puede ser tramitada en la jurisdicción local por la vía reglada en el art. 14, CCBA, ante la falta de regulación discriminatoria específica de ese instituto en la legislación procesal de la Ciudad (LPA, CCAyT, LA).

7. El amparo por mora de la Administración configura un proceso judicial tendiente a obtener una orden judicial que imponga a la Administración el deber de expedirse expresamente en un plazo razonable que la sentencia deberá establecer, atendiendo a la naturaleza y complejidad del acto a emitir y de los trámites pendientes, previo verificar el vencimiento de los plazos para el dictado del acto administrativo en cuestión.

En autos, el GCBA ha reconocido que se vencieron los plazos para dictar el acto correspondiente ("[p]uede, sin duda, ser cuestionable la demora incurrida en este concurso", fs. 212, punto 4.3., tercer párrafo). Confesado, entonces, el presupuesto que habilita a los jueces ordenar a la Administración que se expida, sin más, en relación con el planteo de la actora, corresponde ordenar al Poder Ejecutivo que, por intermedio de quien corresponda, dicte el acto pertinente en el plazo de quince (15) días, acto que deberá notificarse a la actora en el plazo y forma establecidos por la LPA.

8. Como consecuencia de las consideraciones que constan en los puntos precedentes, propongo al Tribunal que dicte sentencia con el siguiente dispositivo:

a) hacer lugar a los recursos de queja e inconstitucionalidad interpuestos por el GCBA;

b) revocar el fallo de fs. 197/201 en cuanto confirma el de primera instancia, que condena al Gobierno a dictar el acto de designación de la actora;

c) hacer lugar, en los términos expresados en los puntos 6 y 7, a la demanda de amparo planteada por la señora Lisa Paola Pelacoff y ordenar al GCBA que, en el plazo de quince (15) días, dicte el acto administrativo que decida finalmente el procedimiento de selección iniciado en el año 2005 para cubrir interinamente el cargo de Psicóloga de Planta del Área Programática, profesional asistente, escalafón general de la Carrera Profesional Grupo D, Clase 3, Función 758, en el Centro de Salud y Acción Comunitaria, CESAC n° 1, Hospital General de Agudos "Doctor José María Penna";

d) imponer las costas de todo el proceso en el orden causado, en atención a las circunstancias particulares del caso, explicadas en la sentencia que dan lugar a la solución que propugno.

La jueza ALICIA *E. C.* RUIZ *dijo:*

1. El recurso de inconstitucionalidad parcialmente concedido por el tribunal superior de la causa ha sido interpuesto en tiempo, forma y plantea un genuino caso constitucional. Por ello corresponde examinar los agravios que tal impugnación propone.

2. El recurso de queja también ha sido planteado en tiempo y forma. El Gobierno logra realizar —mínimamente— una crítica del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad, por lo que la queja resulta admisible.

3. Conforme lo indicado en los apartados precedentes, habré de considerar la totalidad de los agravios vertidos por el GCBA en su recurso de inconstitucionalidad.

a) El cuestionamiento de la falta de idoneidad de la vía del amparo para tratar la pretensión no es procedente por dos razones relevantes. Primero, el recurrente no dice cómo ha visto afectado su derecho de defensa. Omitir esta carga argumentativa sella la suerte del agravio. En definitiva, el tema remite a lo que oportunamente he expresado en otros votos (así, entre otros, "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado" en 'Parcansky, Manuel Jorge c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'" expte. nº 4.970, resolución del 5/6/2007 y "Spinelli, Gabriela Sandra c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. n° 5442, resolución del 20/2/2008).

Tampoco se violenta el derecho de defensa del Gobierno porque los jueces de la causa no le exigieran que demostrase la falta de recursos presupuestarios. En rigor, desplegar esa actividad alegatoria y probatoria era una carga procesal del GCBA, toda vez que es garante de los derechos fundamentales hasta el máximo de sus recursos (conf. art. 2.1., PIDESC).

En segundo lugar, en esta causa lo inidóneo no es la vía (tipo de proceso), sino la pretensión deducida. En efecto, la consecuencia jurídica requerida y que tiene por objeto la demanda resulta constitucionalmente improponible bajo cualquier clase de juicio.

b) Descartada la sustentabilidad del agravio por la vía, corresponde analizar las impugnaciones que refieren al fondo del asunto.

Está fuera de discusión la mora de la Administración en el dictado del acto administrativo pertinente. Sin embargo, el contenido de ese acto, en las condiciones que presenta en el supuesto de autos, no puede ser fijado por el Poder Judicial. Y ello, porque el inc. 9º del art. 104, CCBA dispone que es el Jefe de Gobierno quien nombra a los funcionarios y agentes de la administración. Quiero ser aquí muy precisa, aún a riesgo de parecer reiterativa: en este caso, la consecuencia jurídica solicitada a través de una decisión jurisdiccional resulta interdicta por expresa decisión constitucional.

A lo dicho se agrega, como un elemento fundamental y decisivo para la solución que propicio, que la actora carece de toda posición jurídica consolidada respecto del cargo al que aspira. De no darse aquella condición, la resolución del conflicto hubiera debido ser otra.

Aquí, la única posición jurídica consolidada de la concursante se identifica exclusivamente con su derecho a la conclusión del procedimiento y, por consiguiente, al dictado del acto administrativo que disponga el cierre del trámite de selección. Pero, de ello no se sigue ningún otro derecho de la accionante a su designación, la cual en el contexto de caso, es de resorte exclusivo de la Administración. Esta

conclusión no importa descartar la ausencia de alguna clase de daño, sino adecuar el enfoque a la concreta pretensión deducida.

4. Lo expuesto hasta aquí no implica afirmar que los jueces están impedidos de suplir la actividad y omisiones administrativas frente a la vulneración de derechos. Por el contrario ellos están autorizados para actuar de ese modo, al punto de que los tribunales en muchos casos, suplen la omisión de otros órganos, y ordenan el dictado de los actos requeridos y determinan sus alcances (contenido). Es bien conocido que por vía judicial se otorgan jubilaciones y beneficios de la seguridad social, se cambian categorías tributarias en la que revisten contribuyentes, se ordena cambiar el nombre —y también el sexo— con el que las personas se encuentran registradas en una dependencia de la administración (con la consiguiente modificación tanto del documento de identidad cuanto de la partida de nacimiento), se dispone el otorgamiento de una licencia para conducir, etc. Es más, los jueces hasta cuentan con facultades para vivificar un acto administrativo extinguido, si así correspondiera.

En este proceso, sin embargo, las circunstancias son bien diferentes. La demandante no tiene prerrogativa jurídica alguna respecto del contenido del acto, salvo a que se respeten los requisitos de la LAP y el grado de razonabilidad que debe exhibir una decisión emanada de autoridad pública. Sin embargo, a la amparista —en virtud de la relación jurídica que la vincula con la Administración— le asiste el derecho a que se concluya el procedimiento de selección a través de una decisión que compete al Gobierno en cumplimiento de su deber de obrar de buena fe.

Como lo indica Luis Medina Alcoz, "[e]l procedimiento administrativo constituye un cause formal del que se vale la Administración para el ejercicio de la mayor parte de los poderes que le atribuye el ordenamiento jurídico. Pero el procedimiento no es sólo una ordenación técnica de la función administrativa, sino también, y ésta es la perspectiva que aquí interesa, una relación jurídica de naturaleza dinámica regulada por normas que imponen a las partes facultades, deberes y cargas. El procedimiento es, pues, la expresión formal de una actuación jurídica que tiene un cierto valor de estabilidad, base de otras situaciones más concretas, como el deber que tiene la Administración de acomodar su comportamiento durante toda la tramitación del expediente a las exigencias de la buena fe, el de culminarlo dentro de un plazo determinado y el de hacerlo a través de una resolución final ajustada a derecho". (Medina Alcoz, Luis: *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo*, Thomson-Civitas, Navarra, 2005, pp. 225 y 226).

Los argumentos expuestos me llevan a coincidir con el señor Juez de Trámite cuando advierte que la actora podría ejercer otros derechos, si finalmente no se la designara.

5. La solución que propone el juez Maier en su voto es correcta. En efecto, ordenar el dictado del acto administrativo requerido integra la consecuencia jurídica solicitada en el amparo. Por tanto, no hay lesión al principio de congruencia si se obra de tal manera. Asimismo, decidir en ese sentido importa materializar la pauta de efectividad en la tutela jurisdiccional establecida en el art. 25 de la CADH. Por

eso, entiendo que la condena, en los términos en que la llama la doctrina administrativa española, debe ser de emanación, es decir, reintegradora de la posición de poder del administrado, vulnerada por la omisión administrativa de concluir el procedimiento de selección.

Por lo expuesto, voto por: *a)* Hacer lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad. *b)* Revocar el fallo del tribunal superior de la causa. *c)* Hacer lugar, en los términos expresados en los puntos 6 y 7 a la demanda de amparo planteada por la señora Lisa Paola Pelacoff y ordenar al GCBA que, en el plazo de quince (15) días, dicte el acto administrativo que decida finalmente el procedimiento de selección iniciado en el año 2005 para cubrir interinamente el cargo de Psicóloga de Planta del Área Programática, profesional asistente, escalafón general de la Carrera Profesional Grupo D, Clase 3, Función 758, en el Centro de Salud y Acción Comunitaria, CESAC n° 1, Hospital General de Agudos "Doctor José María Penna"; y *d)* Imponer las costas del proceso a la demandada en atención a que, en definitiva, progresa parcialmente la acción y ha sido el GCBA el responsable de la mora en el dictado del correspondiente acto administrativo.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Los agravios articulados en la queja en relación con la interpretación del art. 14 de la CCBA, guardan íntima vinculación con las objeciones fundadas en la violación de las cláusulas de la CCBA respecto de las que el *a quo* concedió el recurso de inconstitucionalidad (arts. 80, inc. 12, 102 y 104, inc. 2º, de la CCBA).

Aunque determinar la admisibilidad del amparo como vía de acceso a la justicia es una cuestión de índole procesal, por tanto ajena como regla a esta instancia, la intervención del Tribunal procede cuando las consecuencias de preterir las vías ordinarias se proyectan en la sentencia definitiva, es decir, en la decisión final de la controversia (conf. mi voto *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Akrich, Gustavo Raúl c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 4782/06, sent. del 29/11/2006); situación que se verifica en autos.

Por ello, corresponde admitir el recurso de hecho y analizar todos los agravios de la demandada, en tanto ellos comprometen la inteligencia otorgada a disposiciones constitucionales que resultaron, como se verá, dirimentes para arribar a la sentencia de condena sometida a revisión, sin que el modo en que aquellos fueron postulados limite la potestad de este Tribunal al momento de establecer la recta interpretación que cabe atribuir a los preceptos de la CCBA en juego.

2. El pronunciamiento cuestionado resolvió confirmar la sentencia de primera instancia que había admitido la acción de amparo y ordenado "(...) al GCBA demandado provea a la designación de la amparista en el cargo concursado dictando el acto administrativo pertinente dentro del plazo de 10 días (...)" (fs. 174/177 y 197/201 de los autos principales). En tal sentido y, para lo que ahora importa, las instancias de mérito consideraron que obtener el primer lugar en el concurso convocado por disposición 2932-HGAP/05 para cubrir un cargo de psicólogo de planta, sumado al hecho de que en función de ello la Subdirección del Hospital General de Agudos José María Penna había solicitado "a la autoridad de Salud la

designación de la profesional en el cargo concursado" y, además, por encontrarse "(...) ampliamente vencido el plazo para formalizar la designación (...) teniendo en cuenta que el art. 10.6 del dec. 275-MCBA/87 de Reglamentación de la Carrera Municipal de Profesionales de la salud, aprobada por la ordenanza 41.455 y modif., dispone que concluidas las distintas instancias la designación del profesional se formalizará dentro de los 90 días hábiles siguientes", se configuraba en cabeza de la actora un derecho adquirido que le permitiría reclamar la designación en el cargo concursado. Esa situación según el criterio de los jueces de mérito, a su vez, transformaba la actitud asumida por la autoridad administrativa en una omisión "(...) ilegítima (...) lesiva de los derechos constitucionales de la amparista". Por su parte, también se dijo en la sentencia recurrida que "(...) [l]a falta de presupuesto que (...) alegó la demandada carece (...) de (...) respaldo, pues no se encuentra fundada ni expresamente consignada en las presentes actuaciones como si lo fue la aprobación original de las partidas" porque la información obrante en autos "(...) apenas alude a una devolución del expediente administrativo realizada por el área pertinente que, de manera aparentemente tácita, implicaría la inexistencia de la partida necesaria" (fs. 176 y 198).

3. En definitiva, el *a quo* estimo atinado y suficiente para resolver el planteo de autos, aplicar la jurisprudencia según la cual "(...) para que exista un 'derecho adquirido' es necesario que su titular haya cumplido todas las condiciones sustanciales y los requisitos formales previstos en la ley para ser titular del derecho de que se trata, aun cuando falte la declaración formal de una sentencia o acto administrativo (*Fallos,* 318:567; 319:1915; 320:2260; 320:2599; 321:330 y 324:440 entre otros)"; extremos que, por los argumentos reseñados en el punto anterior, se tuvieron por acreditados (fs. 176).

La doctrina judicial aludida, más allá de los diversos comentarios que podría suscitar, sin dudas busca proteger los derechos incorporados al patrimonio con las características del derecho de propiedad que, por ello, gozan de la protección que emana del art. 17 de la C.N. Sin embargo, no es en la C.N., ni en la CCBA, donde se definen los derechos que quedan tutelados como propiedad. Pero, definir cuando una persona incorpora una situación a su patrimonio con las características del derecho de propiedad es tarea que compete al legislador. Una vez cumplidos los recaudos del supuesto previsto por la normativa, el derecho otorgado gozará del resguardo que contempla la cláusula constitucional invocada. En este sentido, resulta ilustrativo recordar las enseñanzas de Thomas Cooley cuando explica que será propiedad aquello a lo que la ley atribuya tal carácter, concepto que incluye según palabras de la CSJN —inspiradas tanto en la doctrina como en la jurisprudencia norteamericana—, "todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y su libertad" por eso "todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley (...) integra el concepto constitucional de 'propiedad'" (*Fallos,* 144:219 y 145:307, "Campbell v. Holt", 115 U.S. 620, 1885, y Cooley, Thomas M.: *The General Principles of Constitutional Law in the United States of America,* Little Brown and Company, 1898, pp. 345/346).

4. Desde la perspectiva que brindan las consideraciones formuladas, resulta indisputable que la existencia de un derecho con el alcance reconocido por la sentencia impugnada, no proviene de la C.N. ni de la CCBA. A su turno, tampoco los jueces han brindado algún fundamento que demuestre la posibilidad de acordar el derecho a obtener el nombramiento requerido, a partir del modo en que esta regulado el régimen de concursos que originó la situación discutida en estas actuaciones.

Por una parte, nada se dijo en torno a cuáles serían las previsiones específicas del llamado a concurso instrumentado por la disposición 2932-HGAP/05, que consagran el derecho otorgado por la decisión cuestionada. A esa falta de precisión se suma la circunstancia de que, para evaluar la demora de la Administración en proveer el cargo en cuestión, el *a quo* aplicó el plazo previsto por el art. 10.6 del dec. 2745/87, reglamentario de la ordenanza 41.455 (Carrera Municipal de Profesionales de la Salud), sin identificar tampoco en ese cuerpo normativo precepto alguno que brinde apoyo a la conclusión propiciada por la sentencia atacada.

Menos aún existió desarrollo para justificar, en tal contexto, la posibilidad de invocar un plazo —el contemplado en el art. 10.6 ya aludido— y convertirlo sin más en la fuente del derecho a exigir un nombramiento como si ello derivara de modo obvio del régimen legal diseñado por el legislador. No es ocioso recordar a este respecto que no ha sido puesto en duda en autos que designar una persona como agente de la administración constituye una función propia de esa administración y, por ende, una ajena a la justicia. Consecuentemente, lo que el *a quo* atribuyó como inherente al conjunto normativo que cita es un facultamiento para imponer a la autoridad competente el ejercicio de una función administrativa; cuestión que no cabe presumir o suponer implícita.

Para el supuesto que nos ocupa, la ausencia de un debate profundo en relación con la normativa infraconstitucional que regula el mecanismo de selección a que se someten los aspirantes a ingresar a los cuadros de la Administración en el área de Salud, redunda en que la decisión judicial no brinde el respaldo indispensable para justificar un mandato como el emitido a fs. 177.

5. La falta de estudio y discusión sobre los preceptos legales dirimentes para resolver la pretensión de la actora, en orden a determinar el alcance del derecho que reclama, así como el déficit probatorio que los jueces resaltaron al evaluar defensas de la demandada (v. gr. ausencia de previsión presupuestarias), exhibe la falta de idoneidad del amparo como vía procesal apta para dirimir la contienda. Ello así, porque para arribar a la solución que pretende la amparista se necesitaría un debate, que no se registra en estas actuaciones, del que surja cuál es la extensión del derecho que el régimen legal aplicable acuerda en la situación planteada por la accionante.

La distribución del poder prevista por el constituyente garantiza que cuando los jueces revisan el ejercicio de potestades propias de otras ramas de gobierno, lo hacen ante el pedido de una parte legitimada que invoca el menoscabo de un derecho reconocido por el ordenamiento. Por eso, como regla, las decisiones de los jueces se expiden sobre la existencia y alcance de derechos protegidos por el ordenamiento, esto es, de aquellos medios que el sistema pone en manos de los

particulares, y no lo hacen, en cambio, imponiendo directamente el ejercicio de competencias atribuidas a los órganos que ejercen el poder público en nombre de toda la comunidad. 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 (v. gr. reconoce en el actor la propiedad que ostentaba el demandado, transmite la propiedad de un derecho patrimonial del demandado al actor, etc.) [conf. mi voto *in re* "Paz, Marta y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. n° 3167/04, sent. del 3/3/2005]

Sin embargo, dado que en autos, según quedo dicho, los jueces de mérito no han establecido de modo fundado la existencia, o en su caso, la inexistencia del derecho reivindicado por la accionante, sobre la base del estudio del régimen de selección en juego, cualquier decisión que al respecto emitiera el Tribunal quedaría formulada en un marco inadecuado.

6. La complejidad del asunto discutido en autos, no solo no es menor, sino que, por el modo en que fue debatido, resta analizar capítulos cuya prescindencia no ha quedado justificada en los pronunciamientos anteriores. Las consecuencias que se derivaron de un precepto que regula un plazo, según quedó dicho, no aparecen debidamente explicadas y, además, soslayaron toda consideración en relación con el carácter no perentorio que a su respecto invocó la parte demandada (fs. 65 autos principales).

A esta altura, recorridas tres instancias, no existen argumentos que permitan evaluar cómo se articulan, dentro del régimen legal que gobierna la controversia de autos, los derechos de la amparista, las potestades privativas de la Administración en relación con el poder de nombrar a los funcionarios y agentes de la administración (art. 104 de la CCBA) así como la oportunidad de su ejercicio. Los jueces omitieron explicar concretamente por qué el derecho de la accionante sólo admitía un restablecimiento que importara el nombramiento requerido.

7. El acotado marco de debate que permitió el proceso de amparo articulado por la actora, además de las restricciones ya apuntadas (relativas a la omisión de capítulos relevantes para la solución del pleito), también proyectó su impacto en relación con aquellos puntos que intentaron abordar los jueces de mérito.

En efecto, sin que lo que sigue implique expedirse sobre el acierto o error de la postura asumida por las sentencias de grado, y aún asumiendo que la cuestión presupuestaria fuera dirimente para la solución del pleito, lo cual dista de ser evidente, lo cierto es que el modo en que fueron evaluadas las constancias probatorias sobre el punto, provocó un importante menoscabo del derecho de defensa de la parte demanda. Ello así, porque a través de una medida para mejor proveer —cuya existencia revela las dificultades que habría presentado el dictado de la sentencia en el marco que brindaba el debate de este amparo—, dispuesta en las condiciones de premura propias del amparo (v. gr., se otorgó un plazo de tres días para responder), el Director General de Desarrollo de Recursos Humanos del Ministerio de

Salud del GCBA informó a fs. 102/103, que la Dirección de la Oficina de Gestión Pública y Presupuesto "no habilitó el proceso de designación de la actora" por no contar con partida asignada en el presupuesto vigente. Por su parte, las sentencias de mérito consideraron que la alegada ausencia de partida presupuestaria carecería de respaldo probatorio suficiente (fs. 198 vta.). Sin embargo, en esas decisiones no se mostró por qué podría presumirse que la información brindada por una oficina con funciones especificas en la materia consultada, podría resultar inexacta, ni se explicó cuales hubieran sido las constancias que deberían haberse aportado; menos aún se demostró que ellas pudieran ser exigibles dentro del marco probatorio que permite desarrollar el proceso de amparo. Asiste razón al GCBA cuando sostiene que la envergadura de la actividad probatoria exigida por la Cámara vino a exceder "(...) la prueba reducida que se supone es admisible en un juicio de amparo" por cuanto "[s]i el Tribunal estima necesario un complejo probatorio más amplio que el proporcionado, o considera faltos de veracidad a los informes allegados por los funcionarios administrativos, es claro que está exigiendo a mi parte un esfuerzo probatorio superior en calidad y en cantidad al que podía estimarse aceptable ante la naturaleza de la acción y la índole de la pretensiones deducidas" (fs. 210).

8. El proceso regulado por el art. 14 de la CCBA, según tengo dicho, no opera como cauce residual y para que prevalezca basta con que no sea menos idóneo que otros remedios conforme los presupuestos contemplados en el art. 14 de la CCBA. En ese contexto, la evolución del daño en función del tiempo es un dato esencial a la hora de decidir si se justifica restringir el debate; al igual que lo es el carácter manifiesto de la ilegitimidad o la arbitrariedad del acto u omisión impugnados para apreciar si la restricción impacta de modo sensible en el ejercicio concreto de la defensa del demandado. La irreversibilidad del daño, sometido el litigio a las vías ordinarias, incluidas las medidas cautelares que ellas proveen, justifica imponer mayor premura al demandado en el ejercicio de su defensa, y disminuir la severidad con la que se juzgará el carácter manifiesto de la ilegitimidad o la arbitrariedad del acto u omisión cuestionados. Si ponderando estas variables llegamos a la conclusión de que cualquier plus de desarrollo procesal será infructuoso, el amparo prevalecerá, pues la vía ordinaria no aportaría nada útil. Prevalecerá también, aún a costa de contraer a lo indispensable el debate, siempre que el tiempo que insumen aquellos procesos ordinarios tenga entidad para menoscabar el derecho en vilo a un punto tal que su reconocimiento en la vía ordinaria resultaría inútil; incluso si ello implica ser menos exigente para juzgar la manifiesta ilegitimidad o arbitrariedad requerida como presupuesto del amparo. A su vez, los procesos ordinarios serán más idóneos que el amparo cuando el impacto temporal de aquellos en el derecho requerido de tutela, aun cuando exista, no sea visto como suficientemente relevante en relación con la ventaja de un debate y decisión más distendidos. Si quisiéramos medir la idoneidad de los procesos a la exclusiva luz de su velocidad, el amparo absorbería todas las controversias. Los extremos en tensión, integridad del derecho reclamado y desarrollo de la defensa, están relacionados de modo inversamente proporcional, escenario en el que el art. 14 de la CCBA encomienda al juez equilibrarlos al momento de definir la viabilidad formal del amparo como cauce procesal idóneo.

No resulta indiferente, entonces, la característica del derecho supuestamente conculcado (v. gr. sustituible o no en términos pecuniarios) ni la fuente jurídica que brindaría sustento a ese derecho" (conf. mi voto *in re* "GCBA s/queja por recuso de inconstitucionalidad denegado en 'Parcansky, Manuel Jorge c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA]'", expte. nº 4970/06, sent. del 5/6/2007).

En el seno del proceso de amparo coexisten dos fuerzas de sentido contrario: la necesidad de restablecer con celeridad garantías que el actor dice conculcadas y la de respetar el derecho de defensa de la parte demandada. La idoneidad del amparo, según quedó dicho, no debe ser medida atendiendo tan sólo a su mayor velocidad. Para ser idóneo, el proceso de amparo debe resultar adecuado para la clase de debate que requiere la cuestión sometida a decisión judicial. A su vez, la sentencia debe, como principio, poder restablecer al accionante en el goce del derecho que se muestra conculcado por un obrar manifiestamente ilegítimo o arbitrario. Si ello no fuere posible, y la tutela consistiera en sustituirlo por la reparación pecuniaria, no habría motivo para objetar la dilación propia de los procesos ordinarios, puesto que, también como principio, la dilación en entregar dinero es plenamente compensable. Constituyen la excepción más típica a esta regla los reclamos de naturaleza alimentaria. Pero dicho supuesto sería ajeno al asunto que nos ocupa, puesto que los ingresos a que pudo haber tenido derecho la actora no eran su alimento ya que no había prestado aún los servicios laborales en juego, ni por ende devengado los salarios (conf. mi voto en autos "Rodríguez, Mónica Adriana c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 3170/04, sent. del 20/12/2004).

Aunque en autos la actora tenía especial interés en la pronta solución de la disputa, porque sólo esa definición le permitiría poner su fuerza de trabajo a disposición de la demandada y quebrar su resistencia, ni la demanda, ni los jueces lograron identificar la fuente normativa que imponía reconocerle el derecho que invocaba para justificar, como única solución válida y acorde a la vía procesal elegida, la necesidad de restablecer el derecho conculcado y, además, poder hacerlo sin necesidad de un debate mayor o de una labor probatoria más extensa de las permitidas por el proceso de amparo.

En este punto, vale señalar que desde una perspectiva más restrictiva la CSJN ha dicho que "(…) los jueces deben extremar la prudencia para no resolver materia de complejidad fáctica y técnica por la vía expedita del amparo, a fin de no privar a los justiciables del debido proceso mediante pronunciamientos dogmáticos" postulando que "(…) el carácter excepcional de la acción de amparo ha llevado al Tribunal a señalar, con énfasis y reiteración, que la existencia de una vía legal para la protección de los derechos que se dicen lesionados excluye, en principio, su admisibilidad, pues este medio no altera el juego de las instituciones vigentes (*Fallos,* 269:187; 270:176; 303:419 y 422); regla que ha sostenido en casos en los cuales las circunstancias comprobadas en la causa evidencian que no aparece nítida en la especie una lesión cierta o ineludible causada por la autoridad con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, en tanto el asunto versa sobre una materia opinable que exige una mayor amplitud de debate o de prueba para la determinación de la eventual invalidez del acto (*Fallos,* 303:422)" (conf. "T.S.R. Time Sharing Resorts S.A. c/Neuquén, Provincia del s/amparo", expte. nº T. 667. XL, sent. del 18/9/2007).

9. El pronunciamiento impugnado condenó al GCBA sin haber identificado la existencia de un acto u omisión que con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta lesionara un derecho reconocido a la actora con el alcance que pretende la demanda y en condiciones que disminuyeron las posibilidades de defensa de las partes. Así entonces, la recurrente muestra que la interpretación y aplicación que del art. 14 de la CCBA formuló el *a quo*, permitió arribar a una sentencia de condena pese a que no fue establecido cuáles eran las normas que originaban el derecho merecedor de una protección como la requerida (v. gr. ordenar producir el nombramiento). Ello, a su vez, por el contexto de premura en que se originó el mandato impuesto por la sentencia condenatoria, resiente el respeto que exige la división de poderes, porque, según quedó dicho, solo compete a los jueces controlar el ejercicio de funciones que a los otros poderes encomienda la CCBA, para tutelar situaciones protegidas por el ordenamiento a pedido de parte legitimada. En autos, al no haberse despejado suficientemente el debate en torno a la existencia o inexistencia del derecho reclamado, el proceso de amparo quedó desnaturalizado.

Resulta evidente que al elegir la vía procesal para reclamar el derecho disputado en autos, la actora asumió un riesgo. Ahora bien, la medida de ese riesgo, en las condiciones que rodean el caso sobre las que ya me he expedido, tiene un límite preciso. La falta de idoneidad que demostró tener el amparo para permitir el debate que requiere la solución de la controversia planteada, sólo puede conducir a rechazar formalmente el planteo y, en cambio, no permitiría expedirse negativamente en relación con el derecho material en juego que, en su caso, podrá ser discutido en la vía ordinaria. Expedirse sobre el fondo del asunto, resultaría tan apresurado como confirmar una sentencia de condena contra el GCBA (que le ordena efectuar un nombramiento), por el sólo hecho de que en el marco y con la premura propia que para la defensa impone el proceso de amparo, el *a quo* no logró distinguir argumentos de peso o analizar la prueba aportada, ni suministrar en su pronunciamiento razones para justificar el mandato impuesto.

La solución que adopto, reitero, no supone emitir opinión acerca de la cuestión de fondo puesto que de hacerlo, dado el acotado debate que se dio en la causa, quedaría inevitablemente afectado el derecho de defensa de alguna de las partes.

10. Por lo demás, tampoco se configura un supuesto que permita prescindir del *nomen iuris* utilizado en la demanda para reconducir el planteo a su cauce real. La pretensión de la actora fue expuesta de un modo claro aunque, por los motivos ya expuestos, excedió las posibilidades de debate propias del proceso de amparo y, por tanto, no pudo lograr el reconocimiento pretendido.

El reclamo formulado no estaba orientado a obtener una orden judicial de pronto despacho sino a lograr el reconocimiento de un derecho; y no hay razones que permitan sostener que la primera está implícita en la segunda aunque una y otra resulten compatibles.

De todos modos, aun cuando pudiera considerarse lo contrario, debería resultar claro que el pleito brindó a las partes ocasión de defensa suficiente. En tal sentido, la actora detalló pormenorizadamente el trámite que registró el procedimiento administrativo desencadenado a partir de la aprobación del orden de mérito del concurso

por parte de la CATA, con el consecuente pedido de caratulación del expediente relativo al nombramiento (fs. 41) y la actuación mediante la cual las autoridades del Hospital Penna requerían la designación de la amparista.

Sin embargo, no se desprende del debate de autos que las partes hayan tenido ocasión de expedirse en relación con los antecedentes indispensables que requiere analizar un amparo por mora. Esto es, cuanto menos, que el pedido venga formulado por quien reviste el carácter de parte en un procedimiento administrativo dirigido a obtener el pronunciamiento, y que la demora denunciada constituya un supuesto de inactividad formal. A este último respecto cabe señalar que el amparo por mora es una herramienta para garantizar el goce efectivo del derecho de obtener un pronunciamiento de la autoridad administrativa acerca de una petición concreta que así lo requiera, y no un mecanismo para instar el ejercicio de competencias vinculadas con el derecho material que pudiera estar en juego (v. gr., inactividad material de la Administración).

En tales condiciones, no se encuentran reunidos los recaudos mínimos exigibles para emitir una orden judicial de pronto despacho, porque nada permite suponer que las partes hayan podido ejercer su derecho de defensa a ese respecto.

11. La solución a la que se arriba torna innecesario expedirse sobre el resto de los agravios planteados por la parte demandada.

En consecuencia, oído el señor Fiscal, corresponde admitir la queja, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad y rechazar el amparo, sin que ello implique expedirse en relación con el derecho de fondo que podrá, cumplidos los recaudos pertinentes, reclamarse en la vía ordinaria. Costas por su orden en todas las instancias (art. 14, CCBA).

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

1. El recurso de inconstitucionalidad parcialmente concedido por la Cámara ha sido deducido en tiempo y forma y plantea un caso de naturaleza constitucional.

2. El recurso de queja ha sido igualmente planteado en tiempo y forma y expresa, suficientemente, razones de índole constitucional al cuestionar la interpretación y aplicación, por parte del tribunal de alzada, del art. 14, CCBA y vincular el fundamento del planteo con cuestiones relacionadas con el debido proceso legal y el derecho de defensa en juicio.

3. La improcedencia de la vía del amparo —objeción que se encuentra presente desde el inicio de las actuaciones y fuera sostenida en todas las instancias por el GCBA— compone un agravio que se encuentra desarrollado en ambos recursos, por lo que corresponde su tratamiento en conjunto.

Tal como lo expone la doctora Ruiz en su voto, este es un caso en el cual, el trámite procesal elegido por la parte actora para encauzar judicialmente su petición resulta, en verdad, indiferente, en tanto la suerte de la causa se encuentra desde un principio sellada por la improponibilidad del objeto de la pretensión. De tal modo, cualquiera sea la vía por la que esta pretensión se intentara hacer valer, la posibilidad de obtener judicialmente el nombramiento en el cargo concursado, como se

verá al ingresar al tratamiento de la cuestión, no constituye un objeto posible de ser ordenado a la Administración por parte del Poder Judicial.

En suma, carece de relevancia establecer la procedencia o no de la vía del amparo y por ello nos consideramos eximidos de analizar y pronunciarnos acerca de este punto.

4. En cuanto a la concreta pretensión involucrada en autos, consideramos que el señor juez de trámite, doctor Julio B. J. Maier, ha tratado con sobrada suficiencia la cuestión en los puntos 2, 3 y 4 de su voto, para concluir que la amparista no ha logrado demostrar que le asista un derecho que permita ordenar judicialmente a la Administración para que proceda a dictar en su favor el acto de nombramiento en el cargo al que aspira. También coincidimos con el señor juez de trámite, en cuanto pone de resalto que la actora sí posee un derecho a que la Administración le asigne el cargo por el que ha concursado, en caso de que resuelva efectivamente cubrirlo y el procedimiento de selección apuntado mantenga su vigencia —situación admitida en el juicio por el propio GCBA, que, en este sentido, también ha expresado que "no ha cerrado ni dejado sin efecto el concurso ni tiene intenciones de hacerlo" (conf. fs. 208 vta.).

En consecuencia, votamos por rechazar el amparo interpuesto, en tanto la actora no ha acreditado tener derecho a obtener el nombramiento que desea hasta tanto no se decida cubrir el cargo.

5. La forma en que se resuelve no constituye impedimento para que la actora pueda hacer valer, por la vía administrativa y/o judicial, su derecho a que el GCBA se expida formalmente acerca del procedimiento de designación y/o el estado del trámite que cursa en el marco del expte. adm. n° 63.922/05.

Por las consideraciones expuestas, votamos por hacer lugar a los recursos interpuestos por el GCBA, revocar la sentencia de fs. 197/201 y rechazar el amparo deducido por la señora Lisa Paola Pelacoff imponiendo las costas del proceso por su orden (art. 14, CCBA).

Así lo votamos.

Por ello, oído lo dictaminado por el señor Fiscal General Adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Admitir* la queja interpuesta, *hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA, *revocar* la sentencia de fs. 197/201 y *rechazar el amparo* deducido por la señora Lisa Paola Pelacoff.

2º. *Imponer* las costas en el orden causado.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

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